Die Folgen unrichtiger Eintragungen im Handelsregister.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LAUBAT. BIBL.

Abraham Hollaender

aus Samter,

Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft zu Posen.

Approbiert am 1. März 1909.

POSEN.
Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.
1909.

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Adamy, Die Bedeutung der Eintragungen im Handelsregister, Rostocker Diss. 1901 (cit. Adamy).
2. Anschütz und von Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen DHGB, 2. Auflage, besorgt von Allfeld, 1894 (cit. Allfeld).
3. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1886 ff. (cit. Behrend).
4. Bolgiano, 2 zivilprozessuale Abhandlungen, I. Beweis durch Urkunden, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess von Schultzenstein & Vierhaus, 24, 129 ff. (cit. Bolgiano).
5. Cohn, Theodor, Handels- und Genossenschaftsregister, 2. Auflage, 1901 (cit. Cohn Handelsregister).
6. Cohn, Theodor, Neuerungen des materiellen Firmenrechts in Gruchots Beiträgen, 1898 (cit. Cohn Neuerungen).
7. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Auflage, 1903 (cit. Cosack).
8. Denkschrift II zum HGB (cit. D.).
9. Dernburg, Pandekten, 7. Auflage, 1902 (cit. Dernburg Pand.).
10. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 2. oder 3. Aufl., 1902 ff. (cit. Dernburg BGB).
11. Dorst, Welche Bedeutung hat das Güterrechtsregister? in D. Not. V. 1901, 129 ff. (cit. Dorst).
12. Düringer & Hachenburg, HGB vom 10. 5. 1897, 1897 ff. (cit. Düringer).
13. Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, Jherings Jahrbücher 47, 273 ff. (cit. Ehrenberg).
14. Ehrenberg, Die Bedeutung des Handelsregisters für die Verkehrssicherheit, Deutsche Wirtschaftszeitung 1, 642 ff. (cit. Ehrenberg WZ).
15. Endemann, Lehrbuch des BR, 8. Aufl., 1906 ff. (cit. Endemann).
16. Fast, Die Rechtswirkungen der erfolgten und der unterlassenen Eintragung im Handelsregister, Inaug.-Diss., Rostock 1903 (cit. Fast).
17. Finger, Die Neuerungen des neuen HGB bezüglich konstitutiver Firmeneinträge, Inaug.-Diss., Freiburg 1900 (cit. Finger).
18. Furrer, Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs auf Grundlage des französischen, schweizerischen und deutschen Handelsrechts, Zürich 03. (cit. Furrer).
19. Gareis, HGB vom 10. 5. 1897, Handausgabe mit Anm., 2. Auflage, 1900 (cit. Gareis HA).

20. Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage, 1903 (cit. Gareis L.).
41. Gareis-Fuchsberger, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (cit. Gareis-F.).
22. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895 f. (cit. Gierke).
23. Goldmann, Das HGB vom 10. 5. 1897, 1901 (cit. Goldmann).
24. v. Hahn, Kommentar zum allg. deutschen HGB, 4. Aufl., 1894 (cit. Hahn).
25. Herzog, Zur Lehre vom Handelsregister, Blätter für Rechtspflege in Sachsen und Thüringen 17, 217 ff. (cit. Herzog).
26. Hupka, Die Vollmacht, 1900 (cit. Hupka Vollm.).
27. Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903 (cit. Hupka Haftung).
28. von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 4. oder 5. Auflage, 1888 ff. (cit. Jhering).
29. Joseph, Kommentar zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (cit. Joseph).
30. Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, in Grünhuts Z. Band 13 (cit. Kohler).
31. Kuhlenbeck, Von den Pandekten bis zum BGB, seit 02 (cit. Kuhlenbeck).
32. Lastig, Entwicklungswege und Quellen des HR, 1874 (cit. Lastig).
33. Lehmann, Lehrbuch des HR, 1908 ff. (cit. Lehmann Lehrb.).
34. Lehmann-Ring, Das deutsche HGB, 1902 (cit. Lehmann-Ring).
35. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaft (cit. Lehmann AG).
36. Litthauer, HGB, 13. Aufl., 1905, besorgt von Mosse (cit. Litthauer-Mosse).
37. Lührs, Die Folgen der falschen Eintragung in das Handelsregister, ausgewählte Doktor-Dissertation, Leipzig 1898 (cit. Lührs).
38. Makower, HGB mit Kommentar, 13. Auflage, 1906 ff. (cit. Makower).
39. Mayer, Das sogenannte Publizitätsprinzip im österreichischen Handelsrecht der Gegenwart, Grünhuts Z. 32, 245 ff., 449 ff. (cit. Mayer).
40. Oppenheim, Der Scheinkaufmann, Inaug.-Diss. Göttingen, 1901 (cit. Oppenheim).
41. Planck, BGB nebst EG, 2. und 3. Auflage, 1904 ff. (cit. Planck).
42. Predari, Reichsgrundbuchordnung, 1900 (cit. Predari).
43. Puchelt, Kommentar zum allgemeinem Deutschen HGB, dritte Auflage, 1885 (cit. Puchelt).
44. Raussnitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der FG, 1900 (cit. Raussnitz).
45. Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, 1900 (cit. Ritter).
46. Rudorff, Die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters, 1882 (cit. Rudorff).

47. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 1902 (cit. Schneider).
48. Schmidt, Familienrecht, 1907 (cit. Schmidt).
49. Schultze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Musterregisters, 1893 (cit. S-G).
50. Schultze-Görlitz und Oberneck, Die Angelegenheiten der FG, 1900 ff. (cit. Schultze FG).
51. Späing, Handelsregister und Firmenrecht, Berlin 1884 (cit. Späing).
52. Staub, Kommentar zum HGB, 8. Aufl., besorgt von Könige, Stranz und Pinner, 1906 (cit. Staub).
53. Staudinger, Kommentar zum BGB, 3., 4. Auflage, 1907 ff. (cit. Staudinger).
54. Stein, Die ZPO für das deutsche Reich auf der Grundlage des Kommentars von L. Gaupp, 8. und 9. Auflage von Stein, 1906 (cit. Gaupp-Stein).
55. Telgmann, Wirkung der Eintragung in das Handelsregister und der Veröffentlichung aus demselben, Inaug.-Diss. Göttingen, 1903 (cit. Telgmann).
56. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, besorgt von Kipp (cit. Windscheid).

Die Abkürzungen entsprechen den vom 27. Deutschen Juristentag vorgeschlagenen.

Inhalts-Verzeichnis.

A. Die Bedeutung des Handelsregisters. . . . . § 1.

B. Wie kommen unsachgemässe Eintragungen im Handelsregister und unsachgemässe Veröffentlichungen aus ihm zustande? . . . . . § 2.

C. Die Eintragung als solche bietet keinen unwiderleglichen Beweis für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen. § 3.

D. Die Folgen von unsachgemässen Eintragungen und Veröffentlichungen, die einer ordnungsmässigen Anmeldung nicht entsprechen:

1. Der dritte, der auf Eintragung und Veröffentlichung vertraut, ist regelmässig nicht geschützt, denn
   a) es fehlt an einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, § 4.
   b) der Wortlaut und Sinn des § 15 HGB rechtfertigt nicht die Annahme einer publica fides des Handelsregisters, ... § 5.
   c) eine analoge Anwendung des § 892 BGB ist unzulässig. § 6.
2. In einigen Fällen ist er geschützt. . . . . § 7.

E. Die Folgen von unsachgemässen Eintragungen und Veröffentlichungen, die einer ordnungsmässigen Anmeldung entsprechen:

1. Die Theorien von Lührs, Telgmann, Mayer, Makower (Adamy) und Staub. . . . . § 8.
2. Die Haftung auf Grund eines aus § 15 HGB entwickelten Rechtssatzes. . . . . § 9.

F. Eintragungen mit besonderer Wirkung:

1. Das Verhältnis des § 15 HGB zu diesen Eintragungen. § 10.
2. Die Eintragungen im einzelnen:
   a) § 5 (1, 2, 3 Abs. II) HGB, ... § 11.
   b) § 123 HGB, ... § 12.
   c) §§ 172, 174 HGB, ... § 13.
   d) § 311 HGB. . . . . § 14.

G. Löschung unzulässiger Eintragungen von Amtswegen:

1. Allgemeines, ... § 15.
2. Der Spezialfall des § 144 FGG. . . . . § 16.

H. (Anhang) Rechtsgestaltung in einigen komplizierten Fällen. § 17.

§ 1.

A. Die Bedeutung des Handelsregisters.

Das Handelsregister in seiner jetzigen Gestalt ist das Produkt einer langen Entwicklung. Seine Entstehung ist in Italien zu suchen. Zu seinen ersten nachweisbaren Vorläufern gehören die Zunftmatrikel der italienischen Städte Florenz, Lucca und Pisa.[1]) Die Zünfte dieser Städte führten Listen, in denen sämtliche Zunftgenossen verzeichnet waren. Diese Matrikel dienten zunächst lediglich den internen Zwecken der Zunft, bald aber machte man sie auch der Öffentlichkeit zugänglich; sie konstatierten allerdings nichts weiter, als dass die Eingetragenen Mitglieder der Zunft und deshalb ihrer Jurisdiktion unterworfen waren. Der Ansicht Lastigs, die Eintragung in die Handelsmatrikel habe zu dieser Zeit nur geringe Bedeutung gehabt, dürfte nicht völlig beizutreten sein. Auf Grund der Eintragung stand fest, dass die Eingetragenen sich einem besonderen Recht unterworfen hatten; dies hatte im Italien des Mittelalters bei der territorialen und ständischen Ungleichheit des Rechts eine gewisse, nicht ganz geringe Bedeutung. Die Zunftmatrikel schufen also bereits eine gewisse Publizität. Ebenso wie für den im Handelsregister Eingetragenen heute besondere Rechtssätze gelten, galt auch damals für ihn ein besonderes Recht.

Grössere Bedeutung erlangten die Handelsmatrikel, als auch das Geschäftspersonal und die Sozietätsverhältnisse zur Eintragung gelangten. Die Eintragung der Gesellschaftsverhältnisse war von besonderer Wichtigkeit, da sich an diese Eintragung gewisse zivilrechtliche Folgen knüpften.

Ebenso wie in Italien wurden in Deutschland von den Handelsgilden Register geführt. Sie verfolgten denselben

---

[1]) Lastig, Entwicklungswege und Quellen II, S. 258.

Zweck der Publizitätswirkung wie die Zunftmatrikel. Auch wurden auf Messen und Märkten auf Grund von Messordnungen Listen ausgelegt, in die sich sämtliche Messbesucher einzuzeichnen hatten. Dies hatte eine sehr grosse Bedeutung, da die Messen des Mittelalters der Sammelplatz für die Kaufleute der halben Welt waren. Die Anmeldung wurde dadurch erzwungen, dass die nichtangemeldeten Kaufleute in ihrer Wechselfähigkeit beschränkt wurden.[1])

Die Handelsregister gaben über den Inhaber der Firma Auskunft, über die Kommanditisten der Firma und den Umfang und die Dauer der Haftung der Kommanditisten; über Kreditverhältnisse enthielten sie keine Angaben. Zwar fehlte es nicht an Vorschlägen, Eintragungen hierüber in die Register aufzunehmen, aber man sah ein, dass durch derartige Angaben das Geschäftsgeheimnis allzusehr aufgedeckt würde; insbesondere zog man in Erwägung, dass Anfängern mit geringen Mitteln die Gründung einer Existenz durch Kundgebung ihrer Vermögensverhältnisse sehr erschwert würde.

Erst durch das allgemeine Handelsgesetzbuch von 1861 wurde das Handelsregister für ganz Deutschland eingeführt. In den Beratungen der Nürnberger Konferenz[2]) wurde mit grossem Nachdruck auf die erhebliche Bedeutung der Registereintragungen für die kaufmännische Welt hingewiesen; demgemäss knüpfte das Gesetzbuch schwerwiegende zivilrechtliche Wirkungen an die Eintragungen. Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat ihre zivilrechtliche Bedeutung noch erhöht.[3]) — Ob die Publizität des Handelsregisters diese bedeutsamen zivilrechtlichen Folgen rechtfertigt, soll im Folgenden untersucht werden.

Bei der Beschränktheit des Interessentenkreises konnte das Handelsregister im Mittelalter und in der beginnenden

---

[1]) Mayer, 290.

[2]) Mayer 300 f.

[3]) Über den Verlauf der historischen Entwicklung im einzelnen siehe insb. Späing und Mayer 288 ff.

Neuzeit von grosser Bedeutung sein. Selbst wenn die Eintragungen nicht veröffentlicht wurden, mussten sie in verhältnismässig kurzer Zeit den Interessenten bekannt werden. Auch heute haben sie für enge, kleine Verhältnisse eine gewisse Bedeutung. In der kleinen Stadt liest man die Anzeigen des Kreisblatts, des Lokalanzeigers und nimmt auf diese Weise auch von den Veröffentlichungen aus dem Handelsregister Kenntnis; aber hier ist die Veröffentlichung kaum erforderlich, man erfährt ohnehin schon lange vor der Veröffentlichung, welche Veränderungen im Handelsregister eingetreten sind, da man ja die tatsächlichen Veränderungen sieht oder von ihnen Kenntnis erhält. Bisweilen kann allerdings gerade hier bei Veränderungen, die in aller Stille vorgenommen werden, die Veröffentlichung von sehr grossem Wert sein.

Auch die Veröffentlichung von Registereintragungen in Fachzeitungen hat einen gewissen, wenngleich nicht gerade hoch einzuschätzenden Wert. Zwar wird durch diese Veröffentlichung vielfach Kenntnis von den neuen Eintragungen eines gewissen begrenzten Kreises verbreitet, aber diese Veröffentlichungen können dadurch sehr schädlich wirken, dass die Vorstellung erweckt wird, lediglich die in der Zeitung mitgeteilten Eintragungen seien erfolgt, lediglich die angezeigten Veränderungen eingetreten. In Wirklichkeit sind derartige Veröffentlichungen nicht vollständig; Vollständigkeit wird hier nicht angestrebt und kann nicht angestrebt werden.

Die Veröffentlichungen im Reichsanzeiger, dem Zentral-Handelsregister des deutschen Reichs, werden als nahezu wertlos angesehen. Bekanntlich ist der ständige Leserkreis des Reichsanzeigers sehr klein, von Kaufleuten wird er garnicht oder doch nur sehr wenig gelesen. Ausserdem ist aber die Zahl der Veröffentlichungen in ihm so gross, dass es einen beträchtlichen Zeitaufwand erforderte, sie zu lesen.

Nur selten gibt sich jemand auch nur die Mühe, sich aus der Unzahl von Veröffentlichungen in den von ihm speziell gelesenen Tageszeitungen gerade diejenigen herauszusuchen, die für ihn von Interesse sind. Die Bedeutung

der Veröffentlichungen aus dem Handelsregister leidet hier unter der Fülle des von den Zeitungen gebotenen Lesestoffs.

Selbst wenn aber der Kaufmann von den Eintragungen, die ihn augenblicklich interessieren, Kenntnis nähme, wäre es ihm doch unmöglich, sich über alle Eintragungen zu orientieren, die für ihn einmal von Interesse werden könnten. Kommt der Kaufmann in die Lage, sich schnell über die Verhältnisse eines andern Kaufmanns unterrichten zu müssen, so lässt ihn seine Kenntnis von den Veröffentlichungen in der Regel im Stich. Die Eintragungen im Handelsregister sind dann meistenteils für ihn wertlos. Im Handel, namentlich im Grosshandel müssen häufig schnelle Entschlüsse gefasst werden, die nächste Stunde kann gewaltige Veränderungen in der Lage des Marktes bringen; Eile tut not. Dem Kaufmann bleibt zur Einsicht des Handelsregisters keine Zeit, noch weniger die Zeit, sich eine Abschrift des Handelsregisters aus einem entlegenen Ort zu verschaffen. Er muss sich auf die Kulanz, auf die Ehrlichkeit seines Geschäftsfreundes, auf die Verlässlichkeit der Auskunft eines Informationsbüros verlassen.

Das Handelsregister hat infolge des ungeheuren Aufschwungs, den Handel und Verkehr in den letzten Jahrzehnten genommen haben, bedeutend an Wert eingebüsst. War es vor noch etwa 50 Jahren — bei Bearbeitung des allgemeinen deutschen HGB — von grosser lokaler Bedeutung und bei der örtlichen Beschränktheit der Geschäftsverbindungen überhaupt sehr wertvoll, so musste es bei der Entwicklung der Wirtschaft zur Volks- und Weltwirtschaft, bei der Entwicklung des Handels zum Welthandel immer mehr an Wert verlieren. Trotzdem ist es vielleicht übertrieben, die Publizität des Handelsregisters derart gering zu bemessen, wie es Ehrenberg tut.[1]) Fest steht aber, dass die Bedeutung des Handelsregisters in den letzten Jahrzehnten sehr gesunken ist. Das Handelsregister erfüllt jetzt seinen Zweck, die Verkehrssicherheit zu heben, jedenfalls nur sehr unvollkommen.

[1]) Ehrenberg und Ehrenberg W. Z.

Wenn das Gesetz desungeachtet zivilrechtliche Folgen an die Eintragung und Veröffentlichung knüpft, so muss dies als unbillig erscheinen. Einem jeden, auch dem Nichtkaufmann, liegt nach dem Gesetz die Plicht ob, von allen Eintragungen und Veröffentlichungen Kenntnis zu haben, falls diese in seinen Geschäftsbeziehungen von Bedeutung werden.[2]) Da es ihm aber unmöglich ist, alle Eintragungen und Veröffentlichungen zu kennen, ist er der Gefahr ausgesetzt, dadurch, dass er die Eintragungen im Handelsregister nicht kennt, Schaden zu erleiden. Auf diese Weise wird die Verkehrssicherheit, deren Hebung das Handelsregister dienen soll, im Gegenteil durch dieses stark beeinträchtigt.

Durch das Register wird die Verkehrssicherheit auch noch in anderer Weise gefährdet. Der Kaufmann ist geneigt, alles, was im Register steht, als richtig hinzunehmen; er glaubt, sich auf das Handelsregister ebenso wie auf das Grundbuch verlassen zu können. Hierin täuscht er sich im allgemeinen; die meisten Eintragungen im Handelsregister geniessen nicht öffentlichen Glauben.

Ehrenberg hat die Institution des Handelsregisters scharf kritisiert; er hat nachgewiesen, dass durch das Handelsregister nicht eine Hebung, sondern eher eine Gefährdung der Verkehrssicherheit herbeigeführt wird. Er hat aber nicht den Versuch gemacht, an die Stelle des Handelsregisters etwas anderes, Besseres, zu setzen. Es liesse sich auch kaum denken, dass sich durch eine andere Institution grössere Publizität als durch die Veröffentlichung der Eintragungen erreichen liesse. Die Zeitungen bilden schliesslich doch noch das beste Mittel zur Bekanntmachung der Eintragungen.

Der Schaden, der durch den Gegensatz zwischen fiktiver und wirklicher Publizität hervorgerufen wird, ist auch nicht allzu gross. Obwohl sich an die Eintragungen so schwerwiegende Folgen knüpfen, scheinen diese von den Kaufleuten doch nicht gerade als ungerechtfertigt empfunden zu werden, mögen sie auch tatsächlich unbillig

---

[2]) Dieser Satz wird unten des Nähern entwickelt werden.

sein. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass sich die schlechten Folgen des Gesetzes nur selten in der Praxis zeigen, wie aus der verhältnismässig geringen Zahl der Entscheidungen höherer Gerichte über die hier in Betracht kommenden Fragen hervorgeht. Auch der Aufsatz Ehrenbergs in der deutschen Wirtschaftszeitung, einem der vornehmsten Organe des deutschen Kaufmannsstandes, hat — zumal auf die Handelskammern — nicht den erwarteten grossen Eindruck gemacht. Man ging offenbar von der richtigen Anschauung aus: Irgend ein Zeitpunkt muss fixiert werden, von dem ab gewisse Eintragungen in den Verhältnissen eines Kaufmanns als bekannt zu gelten haben, der jetzt im Gesetz bestimmte Zeitpunkt ist allerdings mit gewisser Willkür festgesetzt, jeder andere Zeitpunkt wäre es aber gleichfalls. Vor allzu grossem Schaden schützt das Gesetz, da es Unkenntnis der Eintragungen unter gewissen Umständen entschuldigt.

Trotzdem ist festzuhalten, dass Eintragungen im Handelsregister und Veröffentlichungen aus ihm nicht das hohe Mass von Publizität besitzen, das im Gesetz vorausgesetzt wird. Die Schwierigkeiten, die durch diesen Gegensatz zwischen wirklicher und fiktiver Publizität entstehen, können durch unzweckmässige Interpretation noch erheblich vergrössert werden. Es besteht aber auch die Möglichkeit, die Differenz durch geeignete Interpretation zu verringern.

§ 2.

B. Wie kommen unsachgemässe Eintragungen im Handelsregister und unsachgemässe Veröffentlichungen aus ihm zustande?

Bevor die Folgen unrichtiger Eintragungen im einzelnen behandelt werden, wird es zweckmässig sein, zunächst den Weg zu zeigen, auf dem unrichtige Eintragungen zustandekommen können.

Zur Rechtswirksamkeit gewisser Tatsachen gegenüber dritten ist eine Eintragung im Handelsregister und eine Veröffentlichung dieser Eintragung erforderlich. Nach § 12 HGB hat der Eintragungsinteressent die ein-

tragungsbedürftige Tatsache zur Eintragung im Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung sowie die etwa zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmte Zeichnung von Unterschriften sind entweder vor Gericht selbst zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. In Preussen sowie in den meisten andern Staaten nimmt sie der Gerichtsschreiber entgegen; dieser hat auch auf Grund einer Verfügung des Richters, die nach sachgemässer Prüfung zu erfolgen hat, die Eintragung im Handelsregister zu bewirken und die Publikation zu veranlassen. Die Eintragungen werden gemäss § 10 HGB durch den deutschen Reichsanzeiger und mindestens ein anderes Blatt bekannt gemacht.

Unsachgemässe Eintragungen und Publikationen können auf Grund des Antrages eines Nichtberechtigten oder überhaupt ohne entsprechenden Antrag zustande kommen, sie können aber auch auf Grund einer falschen Anmeldung des Berechtigten erfolgen.

Der Weg, den ein Nichtberechtigter zur Bewirkung von Eintragungen einschlagen muss, ist ausserordentlich gefährlich und wird ihn selten zum Ziel führen. Beim Registergericht ist die Identität des Anmeldenden festzustellen, und der eine Unterschrift beglaubigende Notar bestätigt die Abgabe der Unterschrift durch eine ihm bekannte oder identifizierte Person. Indessen wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass dem Registergericht gefälschte Urkunden vorgelegt werden, dass fälschlich identifiziert wird und eine Täuschung gelingt. Bereits die Eintragung würde dem Betrüger den Schein eines Rechts gewähren.

Bevor nun die Veröffentlichung erfolgt, ist nach § 130 FGG das Registergericht verpflichtet, dem Eintragungsinteressenten eine Benachrichtigung über die Bewirkung der Eintragung zukommen zu lassen. Auf diese Benachrichtigung, die u. a. einen erhöhten Schutz des Eintragungsinteressenten bezweckt, kann der Anmeldende verzichten. So kann es kommen, dass zu der Eintragung des Nichtberechtigten die Veröffentlichung hinzukommt und der Schein einer Berechtigung, der schon durch die Eintragung gegeben war, noch erhöht wird.

Bisweilen wird eine falsche Eintragung dadurch zustandekommen, dass der Richter eine richtige Anmeldung versehentlich falsch eintragen lässt oder der Gerichtsschreiber eine richtig ergangene Verfügung versehentlich falsch zur Ausführung bringt. Auch wäre es denkbar — wenngleich es in praxi ausgeschlossen ist —, dass ein Unberechtigter die Eintragung durch einen zu dieser Befugten vornehmen lässt, der den Betrug unterstützt. Ferner könnte eine Privatperson ohne Willen und Wissen des Richters oder des Gerichtsschreibers die unsachgemässe Eintragung vornehmen, und eine entsprechende Veröffentlichung könnte erfolgen.[1]) Es wäre sogar möglich, dass der Betrug mit Zustimmung oder jedenfalls unter Duldung des Berechtigten erfolgte. Dieser könnte glauben, der Betrug eines andern ginge ihn nichts an, er könnte mit dem Erfolg dieses Betrugs einverstanden sein oder sich doch nicht veranlasst sehen, den Betrug durch geeignete Massregeln zu verhindern.

Leichter wird es dem Anmeldungsberechtigten selbst, eine unsachgemässe Tatsache zur Anmeldung zu bringen. Nicht selten wird z. B. ein Nichtkaufmann oder Minderkaufmann ein Interesse haben, als Kaufmann und Vollkaufmann zu figurieren, oder sich auch für einen Kaufmann oder Vollkaufmann halten, der Kaufmann wird aus Versehen einen gewöhnlichen Handlungsbevollmächtigten als Prokuristen zur Anmeldung bringen. Meistenteils wird hier die Unrichtigkeit des Handelsregisters niemals entdeckt werden, da der Eintragungsinteressent an die Richtigkeit der Eintragung glaubt oder kein Interesse an der Berichtigung des Registers hat. Die Organe des Handelsstandes, die Handelskammern, sind eher darauf bedacht, eine Vervollständigung des Handelsregisters herbeizuführen als auf die Beseitigung unsachgemässer Eintragungen hinzuwirken. Die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden, die z. B. nach Art. 3 des preussischen AGHGB verpflichtet sind, von den zu ihrer amtlichen

[1]) Lühr, 38.

Kenntnis gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister Mitteilung zu machen, haben selten Gelegenheit, Unrichtigkeiten des Handelsregisters aufzuklären.

§ 3.

C. Die Eintragung als solche bietet keinen unwiderleglichen Beweis für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen.

Die Erklärung eines Unberechtigten würde den Eintragungsintressenten nicht verpflichten.[1]) Zweifelhafter ist es, ob der Registereintrag nicht unwiderleglichen Beweis für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache erbringt.

Nach § 12 FGG hat der Richter, bevor er den Registereintrag vornehmen lässt, die zur Feststellung der einzutragenden Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben.[2]) Ueber den Umfang der durch § 12 statuierten Informierungspflicht ist man in Zweifel. Dem Richter ist jedenfalls nicht die Pflicht auferlegt, sich auch in Fällen, die keinem Bedenken unterliegen, über die Richtigkeit der einzutragenden Tatsachen zu unterrichten. Bei einer derartigen Interpretation des § 12 FGG, die nicht einmal seinem Wortsinn entspräche, würden dem Richter Pflichten auferlegt werden, die er in vollem Umfang kaum erfüllen könnte. Man wird sich darauf beschränken müssen, dem

---

[1]) Wenn von einzelnen Schriftstellern wie Lehmann-Ring, zu § 15 Nr. 2, Lehmann L. 143 Anm. 5, Hahn I. 137 Anm. 12, Makower, zu § 15 III A. ausgeführt wird, in der Anmeldung der Prokura könne ihre Erteilung liegen, so wird dabei nur an eine Anmeldung durch die dazu berechtigte Person gedacht.

[2]) Allerdings ist es zweifelhaft, ob § 12 FGG auf Eintragungen im Handelsregister überhaupt anzuwenden ist. Aus den Vorschriften des HGB und den Lehren, die die geschichtliche Entwicklung des Handelsregisters gibt, lassen sich gegen seine Anwendung keine Argumente herleiten. Einer Bemerkung der Denkschrift, wie es Adamy (16) tut, entscheidende Bedeutung beizumessen, ist nicht richtig; Adamy steht übrigens trotz Ablehnung der Anwendung des § 12 im Wesentlichen auf dem im Text vertretenen Standpunkt.

Richter in allen Fällen, die zu Bedenken Anlass geben, eine Informationspflicht aufzuerlegen.[1])

Wenn der Richter eine Beurkundung vornimmt, so trifft er damit eine Disposition. Er verfügt, entscheidet, dass er eine Eintragung für zulässig erachtet. Die Urkunde, die so geschaffen wird, hat die Beweiskraft des § 417 ZPO[2]). Durch den Registereintrag wird voller Beweis dafür erbracht, dass die Disposition ergangen ist und zwar „mit dem Inhalte, welcher sich aus der Urkunde ergibt."[3]) Indessen wird auf Grund des § 417 ZPO die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen nicht bewiesen.[4])

Immerhin kommt dem Registereintrag neben der formellen auch eine gewisse materielle Beweiskraft zu. Der Richter gibt durch die Eintragung die Ansicht kund, dass er die gesetzlichen Erfordernisse für vorliegend erachtet.[5]) Hierauf lässt sich eine Vermutung für die Legalität des Registereintrags stützen,[6]) eine Vermutung für die Richtigkeit, wie sie der Eintragung im Grundbuch nach § 891 BGB zukommt, dagegen nicht.[7])

---

[1]) So etwa die herrschende Ansicht: Staub, Exkurs zu § 8, Anm. 9, Telgmann 8, Raussnitz, zu §§ 12, 125, D. 25. Bedenklich Goldmann 41, Lehmann L. 41. Abw. Cosack 37, der eine Pflicht zu materieller Prüfung verneint; er scheint § 12 FGG nicht anwenden zu wollen.

[2]) Vgl. Lührs 43 und auch Lehmann-Ring, zu § 15 Nr. 4; dieser unterscheidet allerdings formelle und materielle Beweiskraft nicht streng genug. Die hier vertretene Anschauung steht im Gegensatz zu derjenigen, die im Registereintrag die Beurkundung einer Erklärung (§ 415 ZPO) sieht, hierbei aber der richterlichen Tätigkeit nicht gerecht wird, vgl. ZHR 40, 493f. (OLG Karlsruhe), Mayer 273. Auch nach § 415 ZPO hat die Urkunde lediglich formelle Beweiskraft, ebenso kommt man mit Ehrenberg, der ohne ersichtlichen Grund im Registereintrag eine Urkunde des § 418 ZPO sieht, zu einem richtigen Resultat.

[3]) Gaupp-Stein, zu 417 ZPO.

[4]) Bolgiano 131 ff.

[5]) Schwächer Mayer 269.

[6]) RG 41, 22, Ehrenberg 296 als Vertreter der durchaus herrschenden Ansicht, unbestimmt Adamy 17.

[7]) Staub Exkurs zu § 8 Anm. 16, Goldmann zu § 8 Anm. 3.

D. Die Folgen von unsachgemässen Eintragungen und Veröffentlichungen, die einer ordnungsmässigen Anmeldung nicht entsprechen:

1. Der dritte, der auf Eintragung und Veröffentlichung vertraut, ist regelmäsig nicht geschützt, denn

§ 4

a) es fehlt an einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung.

In der ersten Zeit nach dem Erlass des alten HGB wurde von einzelnen Schriftstellern ein öffentlicher Glaube des Handelsregisters angenommen, insbesondere hat sich Herzog in einem Aufsatz „Zur Lehre vom Handelsregister“ [1]) für ihn ausgesprochen. Doch ging bereits unter der Herrschaft des alten HGB die herrschende Ansicht dahin, die publica fides des Handelsregisters abzulehnen. Auch nach Einführung des neuen HGB ist von der Mehrzahl der Schriftsteller ein öffentlicher Glaube des Handelsregisters nicht angenommen worden.

Wenn man bedenkt, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs im § 892 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, nimmt es Wunder, dass der Gesetzgeber einer publica fides des Handelsregisters im Gesetz nicht ausdrücklich Erwähnung getan haben sollte. Dass der Gesetzgeber den öffentlichen Glauben des Handelsregisters bereits bei Bearbeitung des neuen HGB als selbstverständliches Prinzip hat ansehen können, ist wohl nicht anzunehmen. Das Reichsgericht setzt aber unbedenklich voraus, „dass derjenige, in dessen Angelegenheiten die Eintragung und deren Bekanntmachung erfolgt sei, die Tatsache, auf die er sich gegenüber dem dritten berufen dürfe, auch gegen sich gelten lassen müsse.“ (50, 431). Eine spezielle Gesetzesbestimmung erscheint dem Reichsgericht hiernach entbehrlich.

Um die Richtigkeit dieser Ansicht zu prüfen, wird es zweckmässig sein, sich einige Fälle zu vergegenwärtigen, in denen der Gesetzgeber eine Bestimmung für überflüssig

[1]) Herzog, 17, 217 ff.

erachtete.[1]) In § 109 E. I. BGB war der alten regula Catoniana Ausdruck verliehen: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest (generell: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest). Dass auch dieses Prinzip nicht durchaus selbstverständlich, dass auch diese Regel von Ausnahmen durchbrochen ist, sei beiläufig erwähnt. Darüber aber kann kein Zweifel bestehen, dass der Ausspruch eines solchen Satzes, der zu den Grundsätzen gehört, die die Rechtswissenschaft bereits in ältester Zeit gefunden hat, in einem modernen Gesetzbuch keinen Platz findet. Ebenso konnte im zweiten Entwurf § 115, der die grundsätzliche Zulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung aussprach, mit vollem Recht gestrichen werden; denn das Prinzip der Stellvertretung war bereits im gemeinen Recht als unbedingt herrschend anerkannt und hatte in den Partikularrechten seine gesetzliche Anerkennung gefunden.[2]) Man hat es hier für überflüssig erachtet, Prinzipien auszusprechen, die bereits zum festen Besitzstand der Wissenschaft gehörten. Konnte man auch bei Bearbeitung des neuen HGB davon sprechen, dass die publica fides des Handelsregisters bereits unumstössliches Prinzip geworden sei?

Für grosse Teile Deutschlands war das Handelsregister in seiner jetzigen Gestalt und mit Publizitätswirkungen erst durch das alte HGB eingeführt worden, in Preussen z. B. kannte man vorher kein Handelsregister, allerdings ähnliche Einrichtungen.[3]) Man hatte sich in den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz sogar gescheut, eine allgemeine Bestimmung über die Wirkung von Eintragungen und deren Veröffentlichung ins Gesetz aufzunehmen. Erst nach langen Beratungen hatte man sich

[1]) In diesen Fällen war im E. I. BGB eine Gesetzesbestimmung vorhanden, die im zweiten Entwurf fortfiel, vgl. Reatz: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung." Diese Beispiele beweisen umsomehr, als der Gesetzgeber hier sogar im Zweifel war, ob die Gesetzesbestimmungen so selbstverständlich wären, dass sie fortfallen könnten.

[2]) Windscheid, I, 295 ff.

[3]) Mayer 291 ff, Allfeld 87 ff, Hahn 126 ff.

dahin geeinigt, für die einzelnen in Betracht kommenden Fälle Spezialbestimmungen zu geben, die Ausfluss eines Prinzips sind, das mutatis mutandis jetzt in § 15 HGB ausgesprochen ist.

In den Entwürfen des alten HGB und in den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz war nicht davon die Rede, eine publica fides des Handelsregisters zu statuieren.[1]) In der Rechtsprechung zeigt sich wohl hier und da die Neigung, einen öffentlichen Glauben des Handelsregisters anzunehmen,[2]) aber es gibt auch andere Entscheidungen, in denen die publica fides ausdrücklich verneint wird.[3]) Der Gesetzgeber fand mithin in der Rechtsprechung keine einheitliche Ansicht. In der Theorie findet sich hin und wieder die Bemerkung, das Handelsregister besitze öffentlichen Glauben, aber nur gelegentlich ist hier davon die Rede.[4]) Herzog,[5]) der sich grundsätzlich für den öffentlichen Glauben des Handelsregisters ausgesprochen hat, ist von keiner Seite in seiner Ansicht unterstützt worden, im Gegenteil, er hat vielen Widerspruch gefunden.

Obwohl also die Ansichten über den öffentlichen Glauben des Handelsregisters mindestens sehr geteilt waren, hat sich der Gesetzgeber nicht veranlasst gesehen, im neuen HGB das Prinzip des öffentlichen Glaubens auszusprechen. Dieses Schweigen zu einer Zeit, wo der öffentliche Glaube des Grundbuchs eben in § 892 BGB

---

[1]) Mayer 296 ff, 300 ff, Hahn 1200 ff.

[2]) ROHG Nr. 23 Nr. 92. Eigenartig, aber unrichtig ist die Rechtfertigung dieser Entscheidung durch Hupka, Vollmacht 166; er geht von der Ansicht aus, dass die Eintragung einer Kommanditgesellschaft den Ausschluss eines bestimmten Normalzustands darstelle. Als diesen Normalzustand sieht er die offene Handelsgesellschaft an. Das Gebilde der Kommanditgesellschaft ist ebenso normal wie das der offenen Handelsgesellschaft.

[3]) z. B. ROHG 23 Nr. 91, Buschs Archiv für das Handelsrecht 19, 250: „der Eintragung fehlen die ihr vom Gesetz beigelegten Wirkungen, wenn sie nicht erklärt ist oder das Erklärte unrichtig bekundet." (RG 20, 167).

[4]) Späing 88, doch ist nicht klar erkennbar, was er unter öffentlichem Glauben des Handelsregisters versteht.

[5]) Herzog 17, 217 ff.

seinen unzweideutigen Ausdruck gefunden hatte, muss verwundern. Dieses Schweigen dadurch zu erklären, dass beim Handelsregister nicht auch hätten Zweifel vorliegen können, wäre falsch. Zwar ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber nur beim Grundbuch verschiedene Gestaltungen der publica fides in Deutschland vorfand und sich zwischen ihnen zu entscheiden hatte;[1]) aber einer Bestimmung darüber, ob dasjenige, was im Handelsregister steht, richtig ist, weil es im Handelsregister steht, oder die unrichtige Eintragung nur dritten gegenüber als richtig gelten solle, hätte es wohl auch bedurft. Insbesondere hätte die Lösung der besonders interessierenden Frage, ob ein öffentlicher Glaube hinsichtlich betrügerisch erwirkter Eintragungen besteht, wohl im Gesetz erfolgen müssen[2])

Aus der Geschichte der Gesetzgebung ergibt sich noch ein anderes Argument gegen den öffentlichen Glauben des Handelsregisters. In §§ 68 und 1435 BGB hat das Gesetz Prinzipien aufgestellt, die den Bestimmungen des alten HGB über das Handelsregister nachgebildet sind.[3]) Man hat eine publica fides dieser beiden Register im Sinne des Grundbuchs nicht statuieren wollen.[4]) Umsomehr hätte bei Bearbeitung des neuen HGB der öffentliche Glaube des Handelsregisters Ausdruck finden müssen.

---

[1]) Vgl. hierzu Gierke, II., 327 Anm. 104. In Lübeck, Hamburg, Mecklenburg, Anhalt und auch in Sachsen war weitergehend als im BGB sogar das Prinzip der materiellen Rechtskraft der Eintragungen anerkannt.

[2]) Heute gestattet die klare Bestimmung des § 892 BGB die Annahme, der gutgläubige dritte werde auch bei Grundbucheintragungen geschützt, die auf gefälschten Eintragungsbewilligungen beruhen, anders für das bisherige Recht Rehbein, Entsch. des Ober-Tribunals 3, 639 für den Fall, dass die Eintragung einer Hypothek auf der Bewilligung des eingetragenen Nichteigentümers beruht. (Predari 176, Anm. 25).

[3]) In der Litteratur wird ein öffentlicher Glaube des Güter- und Vereinsregisters allgemein verneint, vgl. Schmidt 36, Planck, Staudinger, zu §§ 68 und 1435, Endemann 283, Dorst 129 ff.

[4]) Dies ist vielfach in den Vorarbeiten betont.

§ 5.

b. der Wortlaut und Sinn des § 15 HGB rechtfertigt nicht die Annahme einer publica fides des Handelsregisters.

Vielfach wird behauptet, in § 15 HGB sei implicite gesagt, der dritte, welcher auf Eintragung und Veröffentlichung vertraue, sei geschützt, er könne sich auf die Richtigkeit des Eingetragenen und Veröffentlichten verlassen.[1]) Der Wortlaut der beiden ersten hier in Betracht kommenden Absätze des § 15 HGB ist folgender:

„Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dass sie diesem bekannt war.

Ist die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muss ein dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass er sie weder kannte noch kennen musste."

Ebenso wie bei Grundbucheintragungen findet sich hier eine negative und positive Publizitätswirkung.[2]) Solange Eintragungen und Veröffentlichungen nicht erfolgt sind, braucht sich der dritte die einzutragende Tatsache vom Eintragungsinteressenten nicht entgegensetzen zu lassen. Für den dritten existiert die einzutragende Tatsache nicht, wenn er sie nicht gerade positiv kennt. Der frühere Zustand besteht für ihn unverändert weiter; nur dann, wenn ihm positive Kenntnis nachgewiesen wird, muss er die Tatsache auch ohne Eintragung und Bekanntmachung gegen sich gelten lassen.

Bereits bei Interpretation des ersten Absatzes des § 15 HGB irrt sich Staub. (Dieser Irrtum kommt hier nur insofern in Betracht, als er die eigenartige Auffassung dieses Schriftstellers über die publica fides erklärt.) Staub führt aus, in § 15 Abs. 1 sei implicite gesagt, „der dritte könne sich auf die Tatsache selbst, deren Rechtsänderung nicht eingetragen sei, gegenüber demjenigen berufen, in

[1]) Vgl. Staub, Zusatz 1 zu § 15 HGB, RG 23, 280 ff.

[2]) Staub § 15, Zusatz 1.

dessen Verhältnissen sie eingetragen sei."[1]) Unrichtig ist hier die Einschränkung auf Veränderungen; der dritte kann sich vielmehr, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes unzweideutig hervorgeht, auch auf das Nichtentstandensein irgend eines Zustandes berufen, z. B. darauf, dass eine Prokura nicht erteilt sei. Dem Schweigen des Registers darf man trauen.[2]) Hier ist dem dritten ein Recht zuerkannt; die Verkehrssicherheit ist der Rechtssicherheit gegenüber begünstigt.[3]) Das Gesetz hat sich im Kampf der Interessen auf die Seite des dritten gestellt.

Wichtiger ist für die hier vorliegende Frage der zweite Absatz. Staub empfiehlt eine analoge Anwendung des ersten auf den zweiten Absatz. Das heisst: der dritte könne sich auf die Tatsache, die als Rechtsänderung eingetragen und veröffentlicht sei (gegenüber dem Eintragungsinteressenten) berufen. Damit scheint Staub einen öffentlichen Glauben des Handelsregisters anzunehmen.[4])

Der dritte muss[5]) eine Tatsache, die eingetragen und veröffentlicht ist, gegen sich gelten lassen, er kann sich höchstens darauf berufen, dass er die Tatsache weder kannte noch kennen musste.[6]) Durch § 15 Abs. 2 ist ein Recht des Eintragungsinteressenten begründet, diese Vor-

---

[1]) Mayer 316.

[2]) Ritter 43: „Das Handelsregister gilt als richtig, soweit es schweigt."

[3]) Ehrenberg 300.

[4]) Es ist immerhin zweifelhaft, ob Staub in der Tat zu diesem Schluss kommen wollte, insbesondere ob er den Schutz eines dritten gegenüber betrügerisch erwirkten Eintragungen annahm. Im Exkurs zu § 8 Anm. 18 lehnt Staub einen öffentlichen Glauben für das Handelsregister ab, spricht aber z. B. § 123 Anm. 4 davon. Ebendort führt er aus: § 15 handle nicht vom Schutz des Rechtsverkehrs in dem Falle, wo eine nicht einzutragende Tatsache eingetragen sei. Eigenartig ist bei Staub die Einschränkung auf Rechtsänderungen.

[5]) Lediglich an Eintragung und Veröffentlichung zusammen knüpfen sich Folgen, die Eintragung allein ist wirkungslos.

[6]) Er muss aber die Publikation regelmässig kennen. Von einem Kaufmann wird man hier die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verlangen; vom Standpunkt einer das subjektive Moment berücksichtigenden Fahrlässigkeitstheorie gelangt man dabei zu angemessenen Differenzierungen.

schrift hat eine für den dritten ungünstige Tendenz; hier wird im Kampf der Interessen die Rechtssicherheit der Verkehrssicherheit gegenüber bevorzugt.

Dass der dritte sich auf Tatsachen berufen kann, die richtig sind, bedarf keiner besonderen Erwähnung.[1]) Schwierigkeiten kann ihm nur der Beweis der Richtigkeit machen, dieser wird durch die blosse Berufung auf das Register jedenfalls nicht erbracht. Durch den öffentlichen Glauben des Handelsregisters wäre daher auch die Stellung des dritten erleichtert, der sich auf eine richtige Eintragung beriefe. Von wesentlich grösserer Bedeutung wäre die besondere Rechtswirkung der Eintragung und Veröffentlichung von etwas Unrichtigem; nur diese kommt hier in Frage.

Einzutragen und zu veröffentlichen ist nur Richtiges, einzutragen ist z. B. die Erteilung oder Entziehung einer Prokura, die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft, die in Wirklichkeit erfolgt sind. Das Handelsregister dient nicht zur Aufnahme von etwas Unrichtigem; nur an die Eintragung und Veröffentlichung von etwas Richtigem knüpft § 15 Abs. 1 seine Folgen. Da § 15 Abs. 2 von der eingetragenen, früher einzutragenden Tatsache spricht, ergibt sich, dass auch im zweiten Absatz nur von einer Eintragung und Veröffentlichung die Rede sein kann, die auf der Grundlage richtiger Anmeldungen erfolgt ist.[2])

---

[1]) Der Eintragungsinteressent kann sich allerdings erst nach der Veröffentlichung auf Richtiges berufen.

[2]) Falsch Puchelt Anm. 3 zu Art. 12. Nur scheinbar falsch Hupka Vollmacht 165, der von einem öffentlichen Glauben des Registers spricht, in Wirklichkeit aber die Haftung für die Erklärung im Auge hat; er deutet das später von ihm in seinem Werke über „Vertretung ohne Vertretungsmacht" entwickelte Prinzip der Behauptung als Verpflichtungsgrund bereits hier an. Hupka steht völlig auf dem im Text vertretenen Standpunkt. Abw. RG 50, 434, doch scheint es immerhin zweifelhaft, ob das RG nach dieser Entscheidung einen Schutz gegenüber betrügerisch erwirkten Eintragungen und Veröffentlichungen anerkennen würde. Bedenklich Düringer 82, doch scheint er 84 die Wirkung von Eintragung und Veröffentlichung nur auf Richtiges zu beziehen. Richtig Allfeld, 2. Fall a E., irrig derselbe 89 in Anlehnung an ROHG 23 Nr. 91. Richtig Lehmann L. 143 und in Lehmann-Ring 66, undeutlich und

Hiergegen lässt sich nicht der Wortlaut des Gesetzes anführen: „Ist eine Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden"; dies ist nicht zu interpretieren: Die Tatsache soll so gelten, wie sie eingetragen und veröffentlicht ist, sondern sobald sie, nachdem sie eingetragen und veröffentlicht worden ist. Es heisst so im Gegensatz zum ersten Absatz, welcher lautet: „Solange nicht eingetragen und bekanntgemacht ist." Das Perfektische ist durch Betonung des „worden" noch zu besonders scharfem Ausdruck gebracht.

Aus § 15 Abs. 2 lässt sich nicht herauslesen, dass der dritte, der auf Eintragung und Veröffentlichung vertraut, geschützt ist.

Dass die gesetzliche Regelung, die der öffentliche Glaube des Handelsregisters durch § 15 HGB gefunden hätte, manchen Zweifel offen liesse, ist bereits oben erwähnt. Hier seien nur noch einige Konsequenzen hervorgehoben, die eine derartige Auslegung des § 15 HGB mit sich brächte.

---

daher von Ehrenberg missverstanden in Lehmann-Ring 8: „Derjenige, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache eingetragen ist, muss sie gegen sich gelten lassen." Richtig Telgmann 12, 17, 32, widersprechend allerdings 33: „Die Eintragung wirkt zu Gunsten gutgläubiger dritter." Richtig Lührs 17 ff., Makower zu § 15 III. A. c., Hahn 137 Anm. 12, Behrend 124 Anm. 63, Rudorf 257, Fast 45, S-G 39; Goldmannn § 15 kennt keine Wirkung zu Gunsten dritter. Mit besonderer Schärfe ist die richtige Ansicht von Ehrenberg in seinem Aufsatz über: „Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister" betont. Cosack hat zu der Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen, jedoch darf man aus den Ausführungen 35 VII, I schliessen, dass er die im Text vertretene Ansicht teilt, ebenso wohl Gareis-F. zu Art. 25 Bem. 21, Gareis L. 35. In OLG 4, 232, welche Staub anführt, ist lediglich ausgedrückt, dass jeder, der eine Erklärung zum Handelsregister abgegeben hat, diese gegen sich gelten lassen muss, ebenso in vielen andern Entscheidungen. Damit wird aber noch nicht eine publica fides des Handelsregisters angenommen. In der Begründung wird allerdings vielfach von einem Vertrauen auf den Registereintrag gesprochen; derartige gelegentliche Aeusserungen beweisen aber nichts. Die Anschauung Ehrenbergs, die herrschende Ansicht nehme einen öffentlichen Glauben des Handelsregisters an, ist unrichtig.

Eintragung und Veröffentlichung müssen übereinstimmen, um die Wirkung des § 15 Abs. 2 hervorzubringen; nur auf beide zusammen kann man sich berufen. Da § 15 Abs. 2 lediglich eine dem dritten ungünstige Tendenz hat, ist es nicht erforderlich, der Eintragung oder Veröffentlichung einen Vorrang zu gewähren. Nur wenn beide übereinstimmen (und richtig sind), kann sich der Eintragungsinteressent auf die eingetragene Tatsache berufen. Es lässt sich darüber streiten, ob diese Gesetzesbestimmung gerade angemessen ist;[1]) eine andere Regelung ist aber weder erfolgt noch zwingende Notwendigkeit.

Bei einer positiven Wirkung zu Gunsten dritter müsste sowohl das Vertrauen auf die Eintragung wie auch das Vertrauen auf die Publikation geschützt werden. Wenn der dritte sich nicht auf die Veröffentlichung allein verlassen kann, hat sein Schutz nur geringen Wert. Meistenteils wird die Eintragung nicht eingesehen werden können. Wenn dritte nur auf Eintragung und Veröffentlichung zusammen vertrauen dürften, würde die Erhöhung der Verkehrssicherheit, die doch bezweckt sein sollte, nur sehr gering sein. Eine derartige halbe Massregel ist ohne Grund nicht zu vermuten.[2])

Da § 15 nur dem Schutz der Rechtssicherheit des Eintragungsinteressenten dient, ist auch die Vorschrift des § 10 HGB gerechtfertigt, nach welcher der dritte erst nach Ablauf desjenigen Tages, an welchem das letzte Publikationsorgan erschienen ist, die eingetragene Tatsache gegen sich gelten lassen muss. Erst wenn alles getan ist, was die Kenntnis dritter vermitteln kann, soll angenommen werden, dass sie die Tatsache kennen. Anders aber ist es, wenn auch der dritte auf Grund des § 15 Abs. 2 berechtigt sein soll. Man müsste vermuten, dass der dritte sich auf die Richtigkeit der Tatsache sofort nach ihrer Eintragung sollte verlassen dürfen.[3]) Der dritte

[1]) Vgl. hierzu Behrend 246, der erwähnt, dass in Holland bei Verschiedenheit von Eintragung und Veröffentlichung der Inhalt der Veröffentlichung massgebend ist, siehe auch Mayer 303 ff.

[2]) Siehe Ehrenberg 307 bezüglich der Veröffentlichung.

[3]) So die Anschauung des Kaufmanns; siehe Ehrenberg 295, vgl. auch die falsche Ansicht Puchelts zu Art. 13 Nr. 2.

wird selten wissen, ob die Veröffentlichung in dem Blatte, das er liest, zuletzt erfolgt ist. Er könnte trotz Kenntnis der Tatsache sich nicht mit Bestimmtheit auf sie verlassen. Nur bei dringender Notwendigkeit hätte man dem Verkehr einen Teil der Sicherheit, der ihm eben gewährt worden wäre, wieder entzogen.

Wenn eine Eintragung im Handelsregister erfolgt, hat das Registergericht die Verpflichtung, dem als Antragsteller Bezeichneten die Eintragung bekanntzugeben. Dieser kann geeignete Massregeln treffen, um die Publikation zu verhindern und Folgen der betrügerisch erwirkten Eintragung abzuwenden. So wird der Eintragungsinteressent geschützt und der dritte nicht gefährdet, da die Öffentlichkeit in der Regel von der Eintragung nichts erfährt. Der Betrüger wird es aber durch Verzicht auf die Benachrichtigung (§ 130 Abs. 2 FGG) verhindern, dass dem als Antragsteller Bezeichneten die Eintragung mitgeteilt wird. Dieser erhält daher in der Regel erst durch die Veröffentlichung von der Eintragung Nachricht. Bis die falsche Eintragung in den Zeitungen widerrufen wird, vergeht längere Zeit, während der eine Schädigung des Eintragungsinteressenten erfolgen könnte. In sehr vielen Fällen wird der Eintragungsinteressent aber auch durch die Publikationsorgane keine Nachricht von der Eintragung erhalten, da er sie nicht lesen und auch durch andere nicht immer Mitteilung von der Publikation erhalten wird. Wenn man beide, den Eintragungsinteressenten und den dritten, in einigermassen gleicher Weise schützen wollte, müsste der Zeitpunkt der letzten Publikation bei allen Veröffentlichungen erwähnt und ein angemessene Zeit nach der letzten Publikation liegender Termin fixiert werden, von dem ab der dritte sich auf die Richtigkeit der eingetragenen und veröffentlichten Tatsache verlassen dürfte. Die Frist zwischen der Publikation und diesem Termin müsste ausreichen, um die Publikation eines Widerrufs der Eintragung erfolgen zu lassen.

Das Gesetz kennt eine derartige Bestimmung nicht, durch die den widerstreitenden Interessen des Eintragungsinteressenten und des dritten Rechnung getragen würde;

auch in § 10 HGB ist sie nicht enthalten. Da aber die Gesetzesvorschrift, wie sie jetzt gegeben wäre, dem dritten nur Schaden, dem Eintragungsinteressenten aber keinen Nutzen bringen könnte, müssen sich gegen die Ansicht, nach welcher im § 15 auch eine dem dritten günstige Wirkung der Eintragung und Veröffentlichung statuiert sein soll, starke Zweifel erheben.[1])

Ehrenberg (329) führt noch einen andern Grund gegen den öffentlichen Glauben des Handelsregisters an und stützt sich hierbei auch auf § 15. Er meint, ein dritter, der mit einer Zweigniederlassung in Geschäftsverbindung stehe, würde erst nach Eintragung und Veröffentlichung bei der Zweigniederlassung geschützt sein, die eingetragene Tatsache müsse er aber bereits bei Kenntnis durch die Publikation der Hauptniederlassung gegen sich gelten lassen, weil sie ihm bekannt sei; eine derartige Bestimmung sei nicht anzunehmen, der dritte würde nicht in dieser Weise benachteiligt werden, wenn § 15 Abs. 2 eine dem dritten günstige Bestimmung enthielte. Dieser Einwand Ehrenbergs dürfte verfehlt sein. Das Gesetz kann jedenfalls nicht den Inhalt haben, dass der öffentliche Glaube des Handelsregisters erst nach Bekanntmachung durch die Zweigniederlassung eintreten solle; der dritte brauchte eine unrichtige Eintragung, von der er auf anderm Wege als durch Bekanntmachung der Zweigniederlassung Kenntnis erhalten würde, vorher auch nicht gegen sich gelten zu lassen.

§ 6.

c) eine analoge Anwendung des § 892 BGB ist unzulässig.

Unter diesen Umständen kann es zweifelhaft sein, ob sich eine analoge Anwendung des § 892 BGB überhaupt noch rechtfertigen liesse. Die analoge Anwendung geschieht, wie Dernburg[2]) sagt, „durch Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Norm wegen Gleichheit des Grundes".[3]) Der ganze Komplex der Lebens-

[1]) Ehrenberg 329 ff.
[2]) Pandekten I, 86.
[3]) vgl. auch Windscheid I, 104.

verhältnisse, welcher die Grundlage der beiden Rechtsinstitute bildet, muss ähnlich sein. Eine Analogie ist nur dann gerechtfertigt, wenn die innere Natur ähnlich ist, die Rechtsgestaltung aber nur in einem Fall eine gewisse Vollendung erreicht hat, welche auch für den andern Fall wünschenswert erscheint. Der Rechtssatz muss als Folge eines Prinzips erkannt werden, das im Gesetz nur Anwendungsfälle hat, nicht aber ausgesprochen ist.[1]) Eine analoge Anwendung wird schliesslich nur dann gestattet sein, wenn die Natur der Sache sie erfordert.[2])

Das Grundbuch ist bereits seit langer Zeit die Grundlage des Immobiliarverkehrs; bereits im fünfzehnten Jahrhundert gelangte man vielfach dahin, die Eintragung im Grundbuch als Perfektionsakt für den Eigentumserwerb anzusehen. So ist es geblieben; die Eintragung ist heute für den Erwerb von Immobiliarrechten conditio sine qua non. Der ganze Grundstücksverkehr knüpft an das Grundbuch an. Wenn jemand die Absicht hat, ein Grundstück zu erwerben, wird er es nicht unterlassen, sich Einsicht des Grundbuchs zu verschaffen. Selbst in Kreisen gewerbsmässiger Grundstücksspekulanten besteht die Gepflogenheit, vor Kaufabschluss das Grundbuch einzusehen oder sich zwecks Kenntnisnahme eine Abschrift aus ihm fertigen zu lassen. Die ungeheure Bedeutung, die der Grundstücksverkehr für den einzelnen wie für das gesamte Volkswohl hat, ist die Veranlassung geworden, ihm im Grundbuch eine sichere Grundlage zu geben. Um das Vertrauen auf das Grundbuch zu stärken und zu rechtfertigen, hat man die Eintragungen mit der publica fides ausgestattet.

---

[1]) Binding, Handbuch des Strafrechts I, 215.

[2]) Eigentlich ist jede Analogie Interpretation aus der Natur der Sache. Es wird auch nicht verkannt, dass eben das innere Wesen, die Natur der Sache, die Analogie als wünschenswert erscheinen lässt. Die analoge Anwendung setzt der Interpretation aus der Natur der Sache nur ihre Grenzen; es wird die Willkür vermindert, die bei einer Interpretation aus der Natur der Sache sich häufig bemerkbar macht, vgl. Ihering: „Ein abstrakter Gedanke kommt erst nach und nach zum Vorschein und erlangt die Ausdehnung, die ihm seiner Natur nach gebührt."

Die Bedeutung des Handelsregisters ist indessen — wie oben bereits ausgeführt ist — nicht gerade gross. Diese geringe Bedeutung ist nun aber nicht etwa die Folge davon, dass ihm der öffentliche Glaube versagt ist; die Kaufmannschaft ist der Meinung, dass man sich auf das Handelsregister verlassen könne.[1]) Der Grund ist ein anderer; der Kaufmann ist genötigt, sich im Augenblick zu entschliessen. Er verlässt sich darauf und muss sich darauf verlassen, dass Betrügereien selten vorkommen; zu Ermittlungen fehlt ihm die Zeit.[2]) Daher schätzt man z. B. die Eintragung und Veröffentlichung einer Prokura sehr niedrig ein.[3]) Der Kaufmann gibt die Erteilung und den Widerruf einer Prokura seinen Geschäftsfreunden durch Zirkulare bekannt. Regelmässig führt der Prokurist seine Legitimation durch Vorweisung einer Vollmachtsurkunde; auf seine Eintragung im Handelsregister nimmt er zum Zweck der Legitimation höchstens Behörden gegenüber Bezug. Im Handelsverkehr liegen die Verhältnisse eben ganz anders als im Immobiliarverkehr, wo immer noch Zeit zu genauer Orientierung bleibt. Nur hier konnte man über das Bedenken hinweggehen, dass, „wenn jemand durch nicht immer ganz offenkundigen Betrug oder durch Zufall zu Schaden kommen soll, der Verlust häufig schmerzlicher ist als der Nichterwerb".[4]) Die Analogie lässt sich also nicht damit rechtfertigen, dass die publica fides erst an einem Punkte, dem „historischen Durchspruchspunkt", zum Vorschein gekommen sei und nun die Entwicklung dahin dränge, auch beim Handelsregister einen öffentlichen Glauben durchzuführen.[5]) Die Analogie ist abzulehnen.

§ 7.

2. In einigen Fällen ist er geschützt.

Das Resultat, das Vertrauen auf das Handelsregister nicht zu schützen, dem vertrauenden dritten keine Ersatz-

[1]) Ehrenberg 295.
[2]) Ehrenberg W. Z. 644.
[3]) vgl. Späing 88.
[4]) Kuhlenbeck II 494, S.—G. 39, Lührs 13, ROGH 23 Nr. 92.
[5]) Ihering a. a. O., Kohler: „Über die Interpretation von Gesetzen", 55.

ansprüche gegenüber dem Eintragungsinteressenten zu gewähren, wird in den meisten Fällen befriedigen, bisweilen aber wird das Gegenteil der Fall sein. Nach Mayer (253 ff.) haftet der Eintragungsinteressent, nachdem ein zur Erwirkung eines Widerrufs hinreichender Zeitraum seit der (letzten) Publikation verstrichen ist. Voraussetzung hierfür ist die Aufstellung des Satzes, dass der Eintragungsinteressent (wie jeder dritte) von der Eintragung und Veröffentlichung sofort Kenntnis zu nehmen und eine falsche Eintragung und Veröffentlichung dann so schnell wie möglich wirkungslos zu machen hat.

Nach § 15 Abs. 2 HGB muss der dritte, sobald die einzutragende Tatsache eingetragen und bekanntgemacht ist, diese gegen sich gelten lassen. Dem dritten ist hierdurch die Pflicht auferlegt, von der betreffenden Tatsache in dem Augenblick Kenntnis zu haben, wo sie für ihn von Wichtigkeit wird. Dagegen liegt ihm nicht ob, von allen Publikationen sofort Kenntnis zu nehmen. Wie er sich die Kenntnis in dem Augenblick verschafft, wo sie für ihn von Bedeutung wird, ist ohne Belang. Er kann sich die Kenntnis der Tatsachen auf jedem andern Wege mit gleicher Wirkung wie durch die Einsichtnahme der Publikationsorgane sofort nach ihrem Erscheinen verschaffen. Ebensowenig wie von dem dritten kann man von dem Eintragungsinteressenten selbst verlangen, von den Veröffentlichungen sofort nach ihrem Erscheinen Kenntnis zu nehmen. Es dürfte nicht angemessen sein, dem Eintragungsinteressenten grössere Pflichten aufzuerlegen wie einem dritten.

Nach der Kenntnisnahme einer falschen Eintragung oder ihrer Publikation hat der Eintragungsinteressent unverzüglich Löschung der Eintragung und Widerruf der Publikation zu veranlassen. Ob der Eintragungsinteressent Kenntnis von der falschen Eintragung vor oder nach der Publikation erhält, ist, wie die Analogie zu § 15 Abs. 1 ergibt, unwesentlich. Von dem Eintragungsinteressenten kann man verlangen, dass er der Kenntnisnahme auch vor der Veröffentlichung nicht aus dem Wege geht. Wenn er von glaubwürdiger Seite von einer falschen ihn

betreffenden Eintragung Kenntnis erhält, hat er zu prüfen, inwieweit die ihn betreffenden Eintragungen des Handelsregisters unrichtig sind; er hat insoweit die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden.

Von einem Vertrauen auf das Handelsregister ist hier nicht die Rede; denn der dritte wird nicht geschützt, weil die betreffende Tatsache im Handelsregister eingetragen ist, sondern der Eintragungsinteressent haftet ihm, weil er seine Pflicht ihm gegenüber nicht erfüllt hat. Der dritte ist so allerdings in einem Fall vor Schaden bewahrt, im andern für ihn völlig gleichliegenden Fall aber nicht, er selbst hat keinerlei Einfluss auf Abwendung des Schadens. Es ist nicht sein Verdienst, sondern das Verschulden des andern, das für ihn von Nutzen ist.

Von einer publica fides des Handelsregisters ist auch dann nicht die Rede, wenn der Richter oder Gerichtsschreiber die falsche Eintragung trotz Kenntnis der Unrichtigkeit vornimmt. Nur im Rahmen des § 839 BGB haftet der seine Pflicht verletzende Beamte dem auf die Richtigkeit der Eintragung Vertrauenden.

Wenn die falsche Eintragung mit Zustimmung oder unter Duldung des Eintragungsinteressenten erfolgt, so ist der dritte geschützt, allerdings auch nicht der publica fides des Handelsregisters wegen. Der Grund für seinen Schutz ist ein anderer; der Eintragungsinteressent, der die unrichtige Eintragung unverzüglich nach Kennitnisnahme löschen zu lassen hat, darf auch falsche Eintragungen nach Möglichkeit überhaupt nicht zur Entstehung kommen lassen.

E. Die Folgen von unsachgemässen Eintragungen und Veröffentlichungen, die einer ordnungsmässigen Anmeldung entsprechen.

§ 8.

1. Die Theorien von Lührs, Telgmann, Mayer, Makower (Adamy) und Staub.

Es liegt im Interesse der Verkehrssicherheit, denjenigen, der eine Erklärung zum Handelsregister abgibt, an dieser Erklärung festzuhalten und für sie haften zu lassen. Die gesamte Rechtsprechung und Litteratur hat sich auf diesen

Standpunkt gestellt. Vielfach scheint eine juristische Begründung für ihn überhaupt als überflüssig angesehen zu werden, hier und da finden sich Bemerkungen, in denen der öffentliche Glaube des Handelsregisters als Haftungsgrund hingestellt wird; eine ausführliche Begründung findet sich nirgendswo. Fast allgemein wird als zweifellos betrachtet, dass der Erklärende nach Handelsrecht haftet. Hiergegen wendet sich Lührs;[1] er tritt für eine Haftung nach bürgerlichem Recht ein und begründet seine Ansicht u. a. mit Hinweis auf Art. 25 Abs. 2 des alten HGB, den er in eigenartiger Weise interpretiert.[2] Lührs lässt die Frage nach dem Haftungsinhalt in gewisser Hinsicht aber noch immer offen, da sich seine Ausführungen im Wesentlichen auf die Begründung der Haftung nach bürgerlichem Recht beschränken. Diese Lücke füllt Telgmann[3] in der Weise aus, dass er eine Schadensersatzpflicht des Erklärenden nach §§ 276, 823 BGB annimmt. Es is zu erwägen, ob nicht eine Haftung in weiterm Umfang gegeben ist. — Eine Haftung aus einem Garantievertrag ist in den meisten Fällen abzulehnen, da eine Willenserklärung, sei es auch eine stillschweigende Willenserklärung, für die Richtigkeit des Erklärten einstehen zu wollen, nicht nachzuweisen ist. — Mayer[4] hat die Haftung des Erklärenden mit dem von Hupka[5] aufgestellten Prinzip der „Behauptung als Verpflichtungsgrund" zu begründen versucht.

Wenn überhaupt ein derartiges Prinzip existiert, ist es von vielen Ausnahmen durchbrochen. So ist z. B. die einseitige Zusage eines Kaufmanns, von einem Reisenden

---

[1]) 8 ff.

[2]) Nach der herrschenden Ansicht haftet der frühere Kaufmann, der seine Firma nicht hat löschen lassen, weiter als Kaufmann und zwar nach Handelsrecht. Dies entspricht dem Sinn der Gesetzesbestimmung; der dritte soll auf die Richtigkeit des Eingetragenen und Veröffentlichten insoweit vollkommen vertrauen können. Wenn der Kaufmann vorher nach Handelsrecht haftete, kann sich seine Haftung nicht ändern. Dies bestreitet Lührs.

[3]) Telgmann 16.

[4]) Mayer 351, Anm. 240.

[5]) Hupka Haftung 91 ff.

Waren zu bestellen, einen Handlungsgehilfen zu engagieren, im allgemeinen nicht geeignet, eine Verpflichtung zu begründen. Indessen kann auch nicht bezweifelt werden, dass in vielen Fällen die Behauptung den Verpflichtungsgrund bildet. Hupkas Theorie, der (innere) Grund für die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht liege in seiner Behauptung, dass er bevollmächtigt sei, verdient vor allen übrigen Theorien den Vorzug. In andern von Hupka erwähnten Fällen ist es zweifelhaft, ob der Grund für die Verpflichtung in einer Behauptung liegt; so lässt sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nicht auf die Behauptung, dass der Gebrauch der verkauften Sache möglich sei, zurückführen. Eine derartige Behauptung ist nicht erfolgt, und wenn man sie als implicite erfolgt ansieht, so bringt man in den Kaufvertrag ein Moment hinein, das ihm völlig fremd ist; der Verkäufer haftet eben für mehr als für dicta et promissa.

Selbst wenn man aber das Prinzip der Behauptung als Verpflichtungsgrund anerkennt, ist damit für den nicht im Gesetz geregelten Einzelfall nicht viel gewonnen. Die Behauptung kann schuldhaft erfolgt sein oder auch nicht; das Prinzip der Behauptung als Verpflichtungsgrund giebt keinen Aufschluss darüber, ob auch ohne Verschulden eine Haftungspflicht begründet wird. Wenn eine unerlaubte Handlung als Verpflichtungsgrund konstatiert ist, sind die Folgen ein für allemal durch das Gesetz festgelegt, hingegen sind die Folgen in den Fällen, in denen die Behauptung den Verpflichtungsgrund bildet, nicht immer gleich. Während in einigen der vom Gesetz geregelten Fälle der Erklärende so behandelt wird, als wenn die Erklärung wahr wäre, wird in andern Fällen z. B. nur Ersatz des negativen Interesses verlangt.[1] Wenn wie im vorliegenden Fall eine Analogie nicht am Platz ist, wird durch die Konstatierung, der Verpflichtungsgrund liege in einer Behauptung, nichts erreicht.

In ähnlicher Weise wie Mayer sucht Makower die Haftung des eingetragenen Nichtkaufmanns zu begründen. Er misst der Kundgebung in der Regel die Bedeutung bei,

[1] Hupka Haftung 94.

„das Kundgegebene werde in dem Verhältnis zwischen dem Kundgebenden und dem Kundgebungsempfänger rechtlich wirksam".[1]) Makower erblickt hierin eine der im § 305 BGB zugelassenen Ausnahmen von der Regel, dass zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. In § 305 ist aber ausdrücklich bestimmt, dass die Ausnahmen im Gesetz besonders erwähnt sein müssen; dies ist in den von Makower erwähnten §§ 82, 657 ff. und 793 ff., nicht aber hier der Fall. Ueber die Wirkungen, die der zwischen dem Kundgebenden und dem Kundgebungsempfänger geschlossene Vertrag haben soll, spricht sich Makower nicht aus.

Makower hält noch eine andere Konstruktion des zwischen dem Kundgebenden und dem Kundgebungsempfänger entstehenden Schuldverhältnisses für möglich.[2]) Er sieht in der Kundgebung einen Vertragsantrag an eine unbestimmte Person, die Annahme dieses Antrags soll dadurch zustandekommen, dass der andere mit der Gesellschaft kontrahiert. Dieser Begründung schliesst sich Adamy an.[3]) Makower und Adamy weisen darauf hin, dass nach § 151 BGB die Vertragsannahme nicht erklärt zu werden braucht, wenn eine derartige Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Sie gehen hierbei aber von unzutreffenden Voraussetzungen aus. In erster Reihe erscheint es sehr zweifelhaft, ob die Anwendung des § 151 BGB bei Vertragsangeboten an unbestimmte Personen überhaupt statthaft ist. Gegen die Anwendung des § 151 BGB in diesem Fall spricht insbesondere der Umstand, dass bei gleichzeitiger stillschweigender Annahme des Antrags durch viele Personen die misslichsten Folgen für den Antragsteller entstehen müssen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Gesetz hierzu führen will. Jedenfalls aber spricht nichts für das Bestehen einer Verkehrssitte, dass in diesen Fällen die Annahme des Antrags ohne

[1]) Makower zu § 123, IVa.

[2]) Auffällig wäre die Möglichkeit zweier Konstruktionen, beide können doch nicht richtig sein.

[3]) Adamy 36.

ausdrückliche Erklärung erfolgen könne. Derartige Verkehrssitten bestehen z. B. bei Warenbestellungen nach Preislisten, bei Aufträgen für Börsengeschäfte an Bankiers, bei Bestellungen von Losen bei einem Kollekteur.[1]) — Wesentlich ist in allen diesen Fällen, dass der Annehmende die Leistung ohne Verzug in Angriff nimmt. Wenn die Leistung nicht alsbald erfolgt, hört die Bindung des Antragstellers auf. Hier aber soll eine Bindung für unbestimmte Zeit erfolgen; es soll unerheblich sein, ob die Annahme alsbald oder nach längerer Zeit erfolgt. Eine hier bestehende Verkehrssitte müsste sich also von den sonst bestehenden Verkehrssitten wesentlich unterscheiden. Im vorliegenden Fall ist bisher von keiner Seite eine Verkehrssitte konstatiert worden; auch Makower und Adamy vermögen nichts anzugeben, was für ihr Bestehen spräche.

Nimmt man trotzdem das Bestehen einer Verkehrssitte an, so darf man den Kundgebenden auch nicht für den Fall von der Haftung entbinden, dass der dritte die Unrichtigkeit der Kundgebung kennt. Dem Vertragsantrag kann jedenfalls eine derartige Beschränkung nicht innewohnen; da die Annahme dem Antrag gemäss erfolgt, muss der Annehmende berechtigt sein, den Antragsteller für seine Kundgebung in jedem Fall haftbar zu machen. Zu dieser Konsequenz seiner Theorie bekennt sich Adamy nicht.

Auf sehr einfache Weise gelangt Staub[2]) zur Lösung all dieser Schwierigkeiten. Er stellt die These auf: Jeder, der sich als Kaufmann geriert, haftet als Kaufmann. Diese Haftung des „Scheinkaufmanns“ stützt er auf §§ 157, 242 BGB. Jedermann, so führt er aus, muss für seine Erklärung einstehen und sich gefallen lassen, dass die Allgemeinheit sie so interpretiert, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert.

Staub verwendet die Grundsätze von Treu und Glauben zur Begründung seiner Theorie, ohne vorher zu prüfen, ob man nicht aus positiven Rechtssätzen eine Haftung des als Kaufmann Eingetragenen herleiten kann. Vielfach

[1]) Staub Excurs zu § 381 HGB, Anm. 69, Staudinger zu § 151 BGB.

[2]) Exkurs zu § 5.

kann die Unsicherheit, die die Entscheidung nach Treu und Glauben mit sich bringt, durch Anwendung oder entsprechende Anwendung einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift vermieden werden. Die Grundsätze von Treu und Glauben finden allerdings stets Anwendung, denn auch das positive Recht entspricht ihren Erfordernissen oder nähert sich doch wenigstens diesem Ideal. Es ist aber nicht die Aufgabe des Richters, seine eigenen Anschauungen über Treu und Glauben in den Fällen zur Durchführung zu bringen, in denen das Gesetz festgelegt hat, was Treu und Glauben entspricht. Er hat objektives Recht nur dann zu finden, wenn ihn das gesetzte Recht im Stich lässt [1])

Staub misst den gesetzlichen Bestimmungen über Treu und Glauben, den §§ 157 und 242 BGB, eine Bedeutung bei, die ihnen in Wirklichkeit nicht zukommt. Er übersieht insbesondere, dass das Geltungsgebiet des § 242 BGB sich nicht auf Fälle bezieht, wie sie hier in Frage kommen. § 242 fordert von den Beteiligten volle Vertragstreue nach dem gesetzten Recht, insbesondere die Beobachtung von Treu und Glauben bei Ausführung von Schuldverbindlichkeiten, soweit das durch Gesetz oder Vertrag bestimmte Recht nicht selbst Pflichten und Rechte der Kontrahenten ordnet. Voraussetzung der Anwendung des § 242 BGB ist, dass bereits ein Schuldverhältnis entstanden ist; über die Entstehung des Schuldverhältnisses selbst gibt § 242 keinerlei Vorschriften.

Auch § 157 enthält nicht einen Rechtssatz, aus dem sich allgemein die Haftung des eingetragenen Nichtkaufmanns ableiten lässt. Der Anwendung des § 157 auf einseitige Rechtsgeschäfte stehen allerdings keinerlei Bedenken entgegen;[2]) bisweilen beruht aber die Eintragung überhaupt nicht auf einer Handlung des Eingetragenen, sondern erfolgt durch Versehen des Richters oder Gerichtsschreibers oder auf Anmeldung eines Nichtberechtigten.

[1]) Vgl. Schneider 227 ff. Auch Stampe und Müller-Erzbach, die dem Richter möglichst grosse Freiheit gewährt wissen wollen, betonen die Unumstösslichkeit des gesetzten Rechts.

[2]) Planck, Staudinger, zu § 157, Schneider 103, Anm. 163.

In diesen Fällen z. B. liegt der Eintragung überhaupt kein Rechtsgeschäft zu Grunde; § 157 kann daher nicht zur Anwendung kommen. In vielen Fällen erfordert Treu und Glauben eine Haftung des Eingetragenen überhaupt nicht. Wenn ein Nichtkaufmann oder Minderkaufmann auf Grund von Ordnungsstrafen des Registergerichts zur Anmeldung einer Firma gezwungen wird, ohne Kaufmann zu sein, widerspricht es im Gegenteil Treu und Glauben, ihn als Kaufmann halten zu lassen.[1]) In diesem Falle geriert sich der Eingetragene auch nicht als Kaufmann, er hat vielmehr den lebhaftesten Wunsch, nicht als Kaufmann angesehen zu werden.

Staub belastet den „Scheinkaufmann" mit allen Pflichten eines Kaufmanns, gewährt ihm aber mit wenigen Ausnahmen auch alle seine Rechte. Er begründet dies damit, dass der Vertragsgegner mit der Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen rechnet. In einem Fall wird es angemessen sein, dem als Kaufmann Eingetragenen kaufmännische Rechte zu gewähren, im andern nicht. Gerade hier, wo das Gebiet des richterlichen Ermessens beginnen sollte, setzt Staub ihm feste Schranken. Den Erfordernissen des einzelnen Falls trägt er keine Rechnung.

Die Deduktionen Staubs scheitern in letzter Linie daran, dass die Möglichkeit besteht, aus einer positiven Gesetzesbestimmung einen Rechtssatz zu entwickeln, der die Schwierigkeiten des vorliegenden Falls löst.

§ 9.

2. Haftung auf Grund eines aus § 15 HGB entwickelten Rechtssatzes.

Oben ist festgestellt worden, dass der Eintragungsinteressent sofort nach Kenntnisnahme einer falschen Eintragung unverzüglich Löschung und Widerruf ihrer Publikation zu veranlassen hat. Hieraus folgt, dass er eine unrichtige Eintragung und Publikation auch nicht erst veranlassen darf. Diese Pflicht des Eintragungsinteressenten, sofort nach Kenntnis der falschen Eintragung ihre Löschung zu veranlassen, ergibt sich aus § 15 Abs. 2

[1]) Makower, zu § 5.

HGB. Dort wird nur der schuldhaft Handelnde so behandelt, als wenn er die betreffende Tatsache kennt. Sein Verschulden wird aber präsumiert, er muss den Mangel eines Verschuldens beweisen. Ebenso ist auch hier der Erklärende zu behandeln.

Voraussetzung der Haftung des Eintragungsinteressenten ist also, dass er die Eintragung veranlasst hat. Hat er dies getan, so haftet er wie ein Kaufmann. Ebenso wird er behandelt, wenn er nicht die geeigneten Massregeln trifft, die Löschung einer falschen, nicht durch ihn veranlassten Eintragung herbeizuführen. Wird die Eintragung trotz seiner Bemühungen nicht gelöscht oder erfolgt sie trotz seines Widerspruchs, wenn auch auf seine Anmeldung, so ist er von Verschulden frei; er haftet dann nicht als Kaufmann. Ebenso wird eine Haftungsverpflichtung des Eintragungsinteressenten nicht begründet, wenn die Eintragung nicht auf seine Veranlassung erfolgt ist und er ohne Verschulden keine Kenntnis von der Publikation erhält. Ob der Eintragungsinteressent mit den Pflichten des Kaufmanns auch dessen Rechte erlangt, hängt von den Besonderheiten des einzelnen Falls ab. Allgemeine Regeln lassen sich hier nicht aufstellen; die Entscheidung ist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der besondern Umstände des Einzelfalls zu finden.

F. Eintragungen mit besonderer Wirkung.

§ 10.

1. Das Verhältnis des § 15 HGB zu diesen Eintragungen.

Man kann heute — da die Neuerungen des HGB bereits Bürgerrecht erlangt haben — die Ansicht als herrschend bezeichnen, die die Anwendung des § 15 auf Eintragungen mit konstitutiven und heilenden Wirkungen empfiehlt. In der ersten Zeit nach Einführung des HGB neigte man dagegen vielfach dahin, § 15 auf derartige Eintragungen nicht anzuwenden.[1]) So lehrte insbesondere Gareis, dass z. B. im Fall des § 200 HGB „der Eintragung bezw. der Nichteintragung eine durchschlagende und ganz andere

[1]) Gareis HA 36, 37, Makower 36 f.

Wirkung zukomme als der Rechtsvermutung des Abs. 1 und 2 des § 15.“ [1])

Insbesondere aus der Fassung des ersten Absatzes des § 15 hat man Argumente gegen seine Anwendung auf Eintragungen mit konstitutiver und heilender Wirkung herzuleiten versucht. Im ersten Absatz des § 15 ist bestimmt, dass eine einzutragende Tatsache, soweit sie im Handelsregister nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, einem dritten nicht entgegengehalten werden kann. Hieraus folgt, dass eine eintragungsbedürftige Tatsache, solange sie nicht bekanntgemacht ist, einem dritten nicht entgegengehalten werden kann, selbst wenn sie bereits eingetragen ist. Hieraus ergibt sich weiter, dass Tatsachen, die ohne Eintragung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen, erst nach ihrer Veröffentlichung dritten entgegengesetzt werden können. — Eine Tatsache, die ohne Eintragung überhaupt nicht entsteht, kann vor ihrer Eintragung keine Wirkungen äussern. Ist sie aber eingetragen, so steht an sich ihrer Wirkung nichts im Wege, dritte können diese aber ablehnen, solange die Eintragung nicht auch bekanntgemacht ist.

Gegen diese Folgerung wendet sich Gareis mit der Begründung, das Gesetz ziehe im § 15 den Fall, dass eine Tatsache überhaupt erst mit der Eintragung wirksam werde, garnicht in Betracht, es gehe von der Voraussetzung aus, dass die Tatsache bereits vor der Eintragung entstanden sei. Dies ist richtig, spricht aber nicht gegen die Anwendbarkeit des § 15 auf Eintragung mit konstitutiver Wirkung. Das Gesetz muss, um nicht zu kasuistisch zu werden, in einem abstrakten Satz die Rechtslage für möglichst viele konkrete Fälle regeln. Wenn die Folgen verschiedener Tatbestände in gleicher Weise geregelt werden sollen, ist es daher zweckmässig, die Folgen eines Tatbestandes zu bestimmen, der diese einzelnen Tatbestände umfasst. Dies ist im § 15 Abs. 1 geschehen. — Er bestimmt die Rechte des Eintragungsinteressenten für den Fall, dass die einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, er beruht

[1]) Gareis AH a. a. O.

auf der Voraussetzung, dass die einzutragende Tatsache bereits vor ihrer Eintragung zur Entstehung gelangt ist. Zugleich ist aber auch der Fall geregelt, dass die Tatsache vor ihrer Eintragung nicht zur Entstehung gelangt ist. Es widerspräche den Regeln moderner Gesetzestechnik, für diesen Fall noch eine besondere Bestimmung zu geben.

Ein Argument gegen die Anwendung des § 15 HGB hat man auch aus einer Bemerkung der Denkschrift (29), die den § 15 Abs. 3 HGB betrifft, zu entwickeln versucht.[1]) § 15 Abs. 3 lautet folgendermassen: „Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften (d. h. der Abs. 1 und 2 des § 15) die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend." — Zu diesem Absatz des § 15 wird in der Denkschrift Folgendes bemerkt: „Soweit es sich um Rechtsakte handelt, deren Wirkung nicht blos relativ, sondern unbedingt von der Eintragung in das Handelsregister abhängt wie die Eintragung der Aktiengesellschaft und dergl. mehr, kann selbstverständlich nur der Inhalt eines einzigen Registers und zwar desjenigen der Hauptniederlassung entscheiden. An den betreffenden Stellen des Entwurfs ist dies durch die Fassung der Vorschriften zum Ausdruck gebracht." Gareis versteht diese Bemerkung der Denkschrift dahin, die Anwendung des § 15 auf konstitutive Eintragungen solle überhaupt ausgeschlossen sein. Dieser Sinn dürfte indessen der Erklärung der Denkschrift, die sich lediglich auf § 15 Abs. 3 bezieht, nicht zukommen, vielmehr dürfte in ihr von dem Zeitpunkt des Eintritts der konstitutiven Wirkung bei Eintragungen gesprochen sein. Nicht von Rechtsakten, die z. B. die Entstehung einer Aktiengesellschaft zur Grundlage haben, ist in der Denkschrift die Rede, sondern von der Entstehung der Aktiengesellschaft selbst. Die konstitutive Wirkung der Eintragung soll sich an die Eintragung im Register der Haupt-, nicht der Zweigniederlassung anschliessen. Wenn die Denkschrift auf Stellen im Entwurf hinweist, in denen

[1]) Gareis HA 36.

die Eintragung im Register der Hauptniederlassung entscheidend ist, so ist z. B. an die Vorschrift des § 200 HGB gedacht; hier wird betont, dass die Aktiengesellschaft nicht vor Eintragung im Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft entsteht. Selbst wenn man aber, wie z. B. Finger (69) die Äusserung der Denkschrift im Gareisschen Sinne versteht, wird man sie für unbeachtlich halten müssen, da sie mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch steht.

Mit einem gewissen Schein von Recht liesse sich die Anwendung des § 15 auf Eintragungen mit heilender Wirkung in Zweifel ziehen. § 15 bestimmt lediglich die Wirkung der Eintragungen und Veröffentlichungen von etwas Richtigem. Dem widerspricht es eigentlich, wenn hier noch eine Wirkung des § 15 auf unrichtige Eintragungen und Veröffentlichungen behauptet wird. Indessen handelt es sich hier um Eintragungen, die zwar nicht richtig sind, aber kraft positiver Gesetzesvorschrift als richtig gelten. Man soll z. B. damit rechnen können, dass der als Kaufmann Eingetragene Kaufmann und Vollkaufmann ist; wenn der Eingetragene nicht Kaufmann ist, soll er so behandelt werden, als wenn er es wäre. Die Eintragung hat, wenn sie heilende Wirkung in sich trägt, den Charakter der Unrichtigkeit, der ihr ursprünglich anhaftete, verloren. Es liegt kein Gund vor, § 15 auf derartige Eintragungen nicht anzuwenden.[1])

Durch Anwendung des § 15 auf Eintragungen mit konstitutiver Wirkung kommt man zu zweckmässigen Resultaten. Der Veröffentlichung dürfte immerhin noch eine gewisse Publizität innewohnen, jedenfalls erscheint es richtiger, an sie und nicht an die blosse Eintragung, die der Öffentlichkeit völlig verborgen bleibt, zivilrechtliche Wirkungen zu knüpfen. In einzelnen Fällen ist die Anwendung des § 15 durch positive Gesetzesbestimmungen verboten. Lediglich in diesen Fällen darf man ihn nicht anwenden.

[1]) Ähnlich, aber in der Begründung abweichend Finger 66; er versteht unter Tatsache im Sinne des § 15 nicht eine „wahre"; sondern eine „eintragungspflichtige oder eintragungsberechtigte Tatsache." Hierdurch bringt er eine durchaus unnötige Unsicherheit in die Interpretation des § 15 hinein. Unrechtmässige und rechtmässige Eintragungen müssen scharf auseinandergehalten werden.

2. Die Eintragung im einzelnen.

§ 11.

a) § 5 (1, 2, 3 Abs. 2) HGB.

In der Regel wird die Kaufmannseigenschaft durch den blossen Betrieb eines Handelsgewerbes erworben (§ 1 HGB). Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb der eine in § 1 Abs. 2 genannte Art von Geschäften zum Gegenstand hat. Kaufmannseigenschaft kann aber auch derjenige erwerben, der nicht eines der im § 1 Abs. 2 genannten Grundhandelsgeschäfte betreibt, wenn sein gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. (§ 2). In diesem Fall genügt nicht der blosse Gewerbebetrieb zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft, vielmehr ist ausserdem eine Eintragung der Firma des Unternehmens im Handelsregister erforderlich. Ebenso wird der Landwirt, der gleichzeitig ein Unternehmen betreibt, „das ein Nebengewerbe des landwirtschaftlichen Betriebs darstellt", erst dann zum Kaufmann, wenn er von der Befugnis, seine Firma eintragen zu lassen, Gebrauch macht. Die Eintragung ist in diesen Fällen Erfordernis für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft, sie hat konstitutive Wirkungen, aber nicht in dem Sinne, dass sie allein die Kaufmannseigenschaft begründet, sondern nur insofern, als sie zu den übrigen Erfordernissen hinzukommen muss. Auch die Kaufleute kraft Gewerbebetriebs trifft die Pflicht, sich im Handelsregister eintragen zu lassen, sie sind aber bereits vorher Kaufleute. Die Eintragung hat für sie ebenso wie für die andern Kaufleute noch eine besondere Bedeutung, die in § 5 statuiert ist. Der Wortlaut dieses § 5 ist folgender: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltendgemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder dass es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Nur besondere Umstände haben den Gesetzgeber zur Aufnahme dieser Bestimmung veranlasst. Unter der Herrschaft des alten HGB hatte ihr Fehlen zu Entscheidungen

geführt, die eine Schädigung der Verkehrssicherheit herbeiführen mussten;[1]) so hatte das Reichsgericht erkannt, „dass eine im Handelsregister eingetragene Vereinigung von Bauunternehmern trotz dieser Eintragung nicht die Eigenschaft einer offenen Handelsgesellschaft habe und dass daher den unter der Firma bestellten Hypotheken die Gültigkeit abzusprechen sei"; die Hypothekengläubiger gingen so ihrer Forderung verlustig.[2]) Da auch im neuen HGB trotz Eintragung im Handelsregister noch immer hätte eingewandt werden können, die Eingetragenen seien keine Vollkaufleute, so hat man zuerst nur für die offene Handelsgesellschaft, dann auf allgemeines Verlangen der Kritik für alle Kaufleute die Gesetzesbestimmung aufgenommen, die den § 5 des neuen HGB bildet.

Der Fall des § 5 ist einer der wenigen im Gesetz besonders[3]) hervorgehobenen Fälle, in denen die Eintragung heilende Wirkung hat.[4]) Man soll damit rechnen können, dass die eingetragene Firma ein Handelsgewerbe und zwar ein Vollhandelsgewerbe betreibt. In den Fällen der §§ 2 und 3 Abs. 2, in denen die Eintragung überhaupt erst die Kaufmannseigenschaft begründet, kommt diese heilende Wirkung der Eintragung zu der konstitutiven Wirkung hinzu.

Die Hauptbedeutung des § 5 erstreckt sich auf unrechtmässige Eintragungen. Bei diesen kommt es nicht darauf an, ob sie von vornherein unzulässig waren oder bei Bewirkung der Eintragung noch rechtmässig gewesen, später aber unrechtmässig geworden sind. Der zu Unrecht Eingetragene gilt aber nur für das unter der Firma betriebene Gewerbe als Kaufmann, nicht auch für eine Tätigkeit, die nicht unter den Gewerbebetrieb fällt; so gilt z. B. der Arzt, der ein kleines Sanatorium betreibt und trotzdem im Handelsregister eingetragen ist, nur für diejenigen Geschäfte als Kaufmann, die der Betrieb des Sanatoriums mit sich bringt, dagegen gilt er in andern

---

[1]) Lehmann-Ring, zu § 5 Nr. 1.
[2]) Vgl. Telgmann 19 und die dort cit. Entscheidungen des RG.
[3]) Vgl. D. 17 f.
[4]) Ehrenberg 275 ff.

Beziehungen, z. B. bezüglich seiner Privatpraxis, nicht als Kaufmann. Ausserdem dient § 5 auch zur Beweiserleichterung bei rechtmässigen Eintragungen. Die Berufung auf die Eintragung genügt, um den Einwand des mangelnden Handels- und Vollhandelsgewerbes ohne Weiteres unwirksam zu machen. Sonstiger Anführungen und Beweise bedarf es nicht.

In erster Reihe dient § 5 dem Schutz der Verkehrssicherheit; derjenige, der sich auf das Register verlässt, soll geschützt sein. In § 5 ist besonders hervorgehoben, dass nur „derjenige, der sich auf die Eintragung beruft", ihre Vorteile geniessen soll. Gemäss der im Zivilprozess herrschenden Verhandlungsmaxime hätte dies keiner besonderen Erwähnung bedurft. Es obliegt den Parteien, die Tatsachen anzuführen, die ihren Antrag rechtfertigen. Die wesentliche Tendenz des Gesetzes — der Schutz der Verkehrssicherheit — geht aber aus den erwähnten Gesetzesworten deutlich hervor.

Der dritte, der mit dem Eingetragenen in Verbindung tritt, ist geschützt. Hierbei ist es ohne Belang, ob dieser dritte eine etwa bestehende Unrichtigkeit der Eintragung kennt. Der öffentliche Glaube des Handelsregisters ist insofern stärker als der des Grundbuchs, durch den lediglich der gutgläubige Erwerber des Rechts an einem Grundstück geschützt wird. Berücksichtigt man ausserdem, dass nur derjenige geschützt ist, der dieses Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, eine Berufung auf das Handelsregister diesen Beschränkungen aber nicht unterliegt, so erkennt man, dass sich der im § 5 statuierte öffentliche Glaube des Handelsregisters von dem des Grundbuchs wesentlich unterscheidet.

Neben dem Schutz der Verkehrssicherheit dient § 5 auch dem Schutz der Rechtssicherheit, da sich auch der Eingetragene selbst auf die Eintragung berufen kann. Insofern geht die Wirkung der Eintragung im Handelsregister über die der Eintragung im Grundbuch weit hinaus.

Das Recht des Eingetragenen geht aber auch hier nur eben soweit, als es dem Zweck der statuierten Ausnahme entspricht. Da andere den als Kaufmann Eingetragenen

als Kaufmann behandeln dürfen, ist ihm das Recht zuerkannt, gleichfalls die Rechte eines Kaufmanns für sich in Anspruch zu nehmen. Seine Rechtslage soll in dem Masse, in dem sie verschlechtert worden ist, wieder gehoben werden. Die Belastung mit Pflichten soll durch eine entsprechende Verbesserung der Rechtslage ausgeglichen werden. Wenn daher der Gegner eine Verweisung vor die Kammer für Handelssachen (§ 101 GVG) verlangen kann, so wird dem „Scheinkaufmann" dasselbe Recht zuerkannt werden müssen.[1]) Dagegen wird er nicht zum Handelsrichter gewählt werden können, da dieses Recht nicht durch eine Pflicht ausgeglichen würde.[2]) Ebenso wird durch die Eintragung ein ausschliessliches Firmenrecht nicht begründet.[3]) Der öffentliche Glaube ist auch hier nicht vollkommen,[4]) denn es bleibt noch immer der Einwand offen, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe oder sein Gewerbe nicht unter der eingetragenen Firma. — Gewerbe ist die offenkundige, selbständige, private, auf Erzielung dauernden Gewinns gerichtete Tätigkeit.[5]) Durch den Einwand des mangelnden Gewerbes kann daher z. B. Schwindelfirmen, da sie überhaupt keine Tätigkeit vornehmen, die Geltendmachung von Rechten, die nur Kaufleuten zustehen, unmöglich gemacht werden.[6]) Allerdings steht es auch diesen Firmen selbst frei, ihre Inanspruchnahme als Kaufmann abzulehnen; in der Regel werden sie dies aber nicht tun, da ihnen dann ihr Handwerk unterbunden würde. Unerheblich ist, ob der als Kaufmann Eingetragene ein Handelsgewerbe betreibt. Auch ein landwirtschaftlicher Hauptbetrieb stellt ein Gewerbe im Sinne des § 5 dar.[7]) Es kommt also im Fall des § 3 Abs. 2 auch nicht darauf an,

---

[1]) Goldmann § 5, 4, Staub, § 5 Anm. 4, Düringer 58.

[2]) Der oben festgestellte Rechtsgedanke kommt hier trotz der öffentlichrechtlichen Natur der Rechtssätze zur Durchführung.

[3]) Goldmann § 5, 4, Staub § 5 Anm. 4, Düringer 58.

[4]) Vgl. Goldmann, zu § 5 II 2.

[5]) Vgl. Cosack 26, Finger 46, Lehmann L. 62, Düringer 25 ff.

[6]) Cohn, Neuerungen, 74.

[7]) Staub, zu § 5 Anm 2.

ob das Nebengewerbe fortgefallen ist, wenn nur der land- und forstwirtschaftliche Hauptbetrieb weiter besteht.[1])

Ausser dem Einwand des mangelnden Gewerbes will Finger[2]) auch noch den Einwand zulassen, „der Eintragung läge gar keine Anmeldung oder eine von der Eintragung verschiedene Anmeldung oder eine nicht von ihm (d. h. dem Eingetragenen) herrührende Anmeldung zu Grunde.“ Dieser Einwand dürfte sich indessen nicht rechtfertigen lassen, da ausdrücklich bestimmt ist, dass jedes unter der Firma betriebene Gewerbe als Handels- und Vollhandelsgewerbe gelten soll.[3])

Über die rechtliche Natur der im § 5 gegebenen Bestimmungen gehen die Ansichten auseinander, indessen ergeben sich aus dieser verschiedenartigen Auffassung keine praktischen Folgerungen. Ob man im § 5 eine unwiderlegbare Vermutung oder eine Fiktion sieht, ist gleichgültig, wenn man, wie es im allgemeinen geschieht, auch die Bedeutung des § 5 für rechtmässige Eintragungen anerkennt. Diejenigen Schriftsteller, die § 5 als Fiktion ansehen, bedenken allerdings nicht, dass § 5 auch bei rechtmässigen Eintragungen insofern Anwendung findet, als er den Beweis der Richtigkeit erspart. Der als Kaufmann Eingetragene *gilt* eigentlich nicht als Kaufmann,[4]) jedenfalls nicht allgemein; denn der Register- und Strafrichter haben ihn nicht als Kaufmann zu behandeln. Seine Hauptwirkung hat § 5 im Zivilprozess, eigentlich materiellrechtliche Wirkung kommt ihm nicht zu. Dem Sinn des § 5, auch seinem Wortlaut dürfte es entsprechen, in ihm eine unwiderlegbare Vermutung dafür zu sehen, dass der als Kaufmann Eingetragene Kaufmann und Vollkaufmann ist.[5])

[1]) Finger 35.

[2]) Finger 43.

[3]) D. 18, Telgmann 21, S-G 39. Düringer 84. Schulze-Görlitz und Düringer, auf die sich Finger beruft, teilen seine Ansicht nicht.

[4]) So allerdings Staub, zu § 5.

[5]) Mosse, zu § 5, Lehmann L 145 Anm 1. — Die Eintragung hat jedenfalls kraft § 5 heilende Kraft. Lehmanns (L. 145 Anm. 1) Bemerkung gegen diese Konstatierung Ehrenbergs erscheint verfehlt. Lehmann missversteht Ehrenberg; in der Begründung der unwiderlegbaren Vermutung (oder Fiktion oder Kaufmannsgeltung) liegt die heilende Kraft der Eintragung.

§ 5 handelt von den Wirkungen der Eintragung, von den Wirkungen, die in der (vom Gesetz vorausgesetzten) Publizität des Handelsregisters ihre Grundlage haben. Hieraus folgt, dass die im § 5 vorgesehene Wirkung der Eintragung nach ihrer Löschung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dagegen werden diejenigen Rechte, die während des Bestehens der Eintragung erworben sind, durch die Löschung nicht berührt.[1]) Die Bestimmungen der §§ 5 und 15 bestehen unabhängig nebeneinander, jede von ihnen stellt eine andere Regel auf. § 5 behandelt die Frage, wann ein Gewerbe jedenfalls als Handels- und Vollhandelsgewerbe behandelt werden, § 15 u. a. die Frage, wann die so erworbene Kaufmannsgeltung oder die wirkliche Kaufmannseigenschaft als dritten bekannt vorausgesetzt werden soll. Hat ein Kaufmann kraft Gewerbebetriebs seine Firma noch nicht eintragen lassen, so kann der dritte ihm entgegenhalten, dass ihm die Kaufmannseigenschaft nicht bekannt sei. Sowohl der nicht eingetragene Kaufmann wie jeder dritte kann auch bestreiten, dass das Gewerbe ein Handels- und Vollhandelsgewerbe sei.[2]) Dieser letzte Einwand wird durch die Eintragung abgeschnitten. Bis zur Veröffentlichung steht aber dem dritten der Einwand offen, die Eintragung sei ihm nicht bekannt. Auch nach der Veröffentlichung kann er noch den Einwand geltendmachen, er habe ohne Fahrlässigkeit von der eingetragenen Tatsache keine Kenntnis gehabt. Kaufleute des § 2 können vor der Eintragung ihre Kaufmannseigenschaft nicht geltendmachen, da sie trotz kaufmännischen Gewerbebetriebs erst durch die Eintragung

---

[1]) Die Grundsätze, die hier an dem Beispiel des § 5 bezüglich der Wirkung der Löschung entwickelt sind, können als allgemein geltend angesehen werden. Auch hinsichtlich der §§ 2 und 3 Abs. 2 besteht keine Ausnahme; der Ausdruck des Gesetzes bietet hierzu keinen Anlass, vgl. hierzu Goldmann 26, abw. Finger 30 und 36; die von ihm zur Unterstützung seiner Ansicht cit. Schriftsteller nehmen jetzt einen abweichenden Standpunkt ein, siehe Cosack 26, Mosse, 9 f., 11 f.

[2]) Dieses Bestreiten wird allerdings wertlos sein, wenn die Behauptung der Vollkaufmannseigenschaft bewiesen wird; es bedarf aber des Beweises.

Kaufleute werden. Nach der Eintragung kann weder der Eingetragene selbst noch ein dritter geltendmachen, dass der Gewerbebetrieb kein Handels- oder Vollhandelsgewerbe darstellt; dem dritten steht aber noch immer der Einwand offen, er kenne die eingetragene Tatsache nicht. Erst durch die Veröffentlichung wird dem dritten auch dieser Einwand abgeschnitten, wenn er nicht nachweist, dass er die eingetragene Tatsache ohne Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.[1])

In vielen Fällen macht die Bestimmung des § 15 den Einwand des mangelnden Gewerbes unwirksam. Betreibt der Eingetragene kein Gewerbe mehr, so hat er nach § 31 Abs. 2 HGB das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden. Daraufhin ist die Firma zu löschen, die Löschung ist einzutragende Tatsache im Sinne des § 15. Hat der frühere Inhaber das Erlöschen der Firma nicht eintragen lassen oder ist die Veröffentlichung dieser Eintragung nicht erfolgt, so kann er diese Tatsache einem dritten nicht entgegenhalten.

Wenn jemand sein Geschäft auf einen anderen übertragen hat, ohne den Inhaberwechsel im Handelsregister eintragen zu lassen (§ 31 Abs. 1 HGB), so darf der frühere Inhaber den Inhaberwechsel dem nicht wissenden dritten gegenüber nicht geltendmachen. Ebenso greift § 15 ein, wenn ein Teil der Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft übernommen hat, die übrigen Gesellschafter ausgeschieden sind, eine entsprechende Eintragung aber nicht erfolgt ist.

Wenn ein Kaufmann, dessen Firma nicht im Handelsregister eingetragen ist, sein Handelsgeschäft mit der Befugnis der Weiterführung seiner Firma einem andern überträgt und dieser dann unter dem Firmennamen Verbindlichkeiten eingeht, so wird der alte Firmenträger hierdurch verpflichtet. Von dieser Haftung kann er sich nur dann befreien, wenn er beweist, dass dem dritten zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeiten die Veränderung

[1]) Vgl. hierzu Makower zu § 5, I. B., Staub zu § 15 Anm. 7 ff., Ehrenberg 313 ff.

bekannt gewesen ist.[1]) — In derartigen Fällen bleibt nichts anderes übrig, als die ursprünglich versäumten Eintragungen und die eingetretenen Veränderungen nachträglich eintragen zu lassen.[2])

§ 12.

b) § 123 HGB.

Nach der im § 105 Abs. 1 HGB enthaltenen Begriffsbestimmung ist eine offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist; in ihr darf die Haftung keines Gesellschafters gegenüber dritten beschränkt sein. Ebenso wie der Gesellschaftsvertrag die notwendige Grundlage der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellt (§ 705 BGB), wird auch die offene Handelsgesellschaft durch ihn begründet. Für den Abschluss dieses Vertrags ist keine besondere Form vorgeschrieben; er kann mündlich, schriftlich und auch stillschweigend durch konkludente Handlungen[3]) erfolgen. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter untereinander, die Erreichung des im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zwecks zu fördern. Dieser Zweck muss auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet sein. Für die Entscheidung der Frage, ob ein Gewerbe als Handelsgewerbe anzusehen ist, bilden die §§ 1, 2 und 3 Abs. 2 HGB ihrer allgemeinen Geltung gemäss die Grundlage. Dementsprechend entstehen offene Handelsgesellschaften des § 1 durch blossen Gewerbebetrieb, andere offene Handelsgesellschaften erst durch Eintragung.

Die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft hat neben andern Erfordernissen den Zeitpunkt zu enthalten, in welchem die Gesellschaft begonnen hat (§ 106 Abs. 2 Nr. 3). Dieser Zeitpunkt muss vor der Eintragung liegen. Im § 123 ist der Beginn der Wirksamkeit der offenen

---

[1]) RGE 12, 12; RGE 15, 36; RGE 19, 197.

[2]) Goldmann, zu § 15.

[3]) z. B. dadurch, dass Erben ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführen, vgl. Goldmann, zu § 5 I 1, a.

Handelsgesellschaft dritten gegenüber geregelt. In seinem ersten Absatz bestimmt § 123, dass die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft dritten gegenüber mit der Eintragung im Handelsregister beginnen solle. Der Zeitpunkt der Eintragung ist der späteste, in dem die offene Handelsgesellschaft nach aussen wirksam wird (RGE 34, 55). Eine Vereinbarung, dass die offene Handelsgesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist unwirksam (§ 123 Abs. 3). Dagegen wird eine offene Handelsgesellschaft des § 1 bereits vor ihrer Eintragung dritten gegenüber in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihre Geschäfte beginnt. Die Eintragung hat hier in höherem Grade heilende Kraft als im Fall des § 5. Dieser findet gemäss § 6 Abs. 1 auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften Anwendung; ihnen gegenüber kann daher nicht geltendgemacht werden, dass sie kein Handels- oder Vollhandelsgewerbe betreiben. Auch im Verhältnis zueinander können sich Gesellschafter auf § 5 berufen (RGE 50, 58). Durch 123 Abs. 1 ist ferner der Einwand abgeschnitten, dass eine Gesellschaft zwar bestehe, ihren Geschäftsbetrieb aber noch nicht begonnen habe.[1]) Mithin fällt der Einwand des mangelnden Gewerbes vollständig fort; selbst demjenigen gegenüber kann er nicht geltendgemacht werden, der gewusst hat, dass die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht begonnen hat.[2])

Ebenso wie § 5 hat § 123 sowohl für unrechtmässige wie für rechtmässige Eintragungen Bedeutung. Bei rechtmässigen Eintragungen genügt hier die Bezugnahme auf die Eintragung nicht nur zum Beweis der Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen, sondern auch zum Beweis für den Beginn des Geschäftsbetriebs.[3])

[1]) Abw. nur Goldmann, zu § 123 Anm. 1, II 1, seiner Ansicht nach sieht das Gesetz in der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft bereits die Kundgebung des Willens der Gesellschafter, die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft in Erscheinung treten zu lassen. Dies geht aus § 123 aber nicht hervor, da in ihm lediglich das Wirksamwerden der Gesellschaft dritten gegenüber geordnet wird.

[2]) Staub, zu § 123 Anm. 3.

[3]) Abw. anscheinend Staub, zu § 123 Anm. 4.

Gegenüber der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft bleibt indessen noch immer der Einwand statthaft, der Eintragung liege überhaupt kein Gesellschaftsvertrag oder kein rechtsgültiger Gesellschaftsvertrag zu Grunde; so kann z. B. geltendgemacht werden, ein minderjähriger Gesellschafter habe ohne die erforderliche Genehmigung den Vertrag geschlossen, der Vertragsschluss sei nicht ernstlich erfolgt oder die Gesellschaft bereits vor Eintragung wieder aufgelöst.[1])

Vielfach[2]) hält man § 15 gegenüber der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft nicht für anwendbar. Als Hauptargument für die Richtigkeit dieser Ansicht wird der Wortlaut des Gesetses angeführt. Da im § 123 von der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu dritten die Rede ist, wird angenommen, in ihm werde zugleich eine Bestimmung darüber getroffen, wann dritte mit der Entstehung der offenen Handelsgesellschaft rechnen müssen. § 123 stellt aber lediglich den Zeitpunkt fest, in welchem die offene Handelsgesellschaft dritten gegenüber als entstanden anzusehen ist, nicht aber den Zeitpunkt, in welchem dritte diese Entstehung kennen müssen. Stellt man sich auf den Standpunkt, gemäss § 123 müssten dritte im Augenblick des Wirksamwerdens der offenen Handelsgesellschaft ihnen gegenüber von ihrer Entstehung Kenntnis haben, so muss man sich auch zu der Konsequenz bekennen, dass dritte von der Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft des § 1 unter Umständen bereits vor ihrer Eintragung Kenntnis zu haben verpflichtet sind.

Der wesentliche Zweck des § 123 ist der Schutz der Verkehrssicherheit. Der dritte soll damit rechnen können, dass die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft ist. Die blosse Eintragung soll dem dritten genügende Sicherheit hierfür gewähren; weiterer Prüfungen und Beweise soll er überhoben sein. Wer von der Entstehung der offenen Handelsgesellschaft Kenntnis hat, muss diese Kenntnis bereits vor Veröffentlichung der Eintragung gegen

[1]) Makower, zu 123.

[2]) Vgl. insb. Cosack 489.

sich gelten lassen, sonst aber braucht er die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft erst nach ihrer Veröffentlichung gelten zu lassen.[1])

§ 13.

c) §§ 172, 174 HGB.

Auf die Eintragung einer Kommanditgesellschaft findet auf Grund des § 6 Abs. 1 HGB § 5, auf Grund des § 161 Abs. 1 HGB die Bestimmung des § 123 Anwendung. Der Eintragungsinteressent kann daher auch hier dritten gegenüber, die sich auf die Eintragung der Kommanditgesellschaft berufen, nur den Einwand geltendmachen, dass überhaupt kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sei.

Der Gesellschaftsvertrag ist bei der Kommanditgesellschaft ganz anderer Natur wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Während bei dieser sämtliche Gesellschafter nach aussen unbeschränkt[2]) haften, braucht sich bei der Kommanditgesellschaft nur ein Gesellschafter zu einer unbeschränkten Haftung nach aussen zu verpflichten, bei den andern Gesellschaftern — es genügt ein Kommanditist — reicht eine beschränkte Haftung aus.[3]) Wesentlich ist also, dass ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen und darin bestimmt ist, dass ein Teil der Gesellschafter nach aussen unbeschränkt, der andere Teil nur beschränkt haften soll. Die Ordnung der Haftung im Innenverhältnis der Gesellschafter hat auf die Haftung nach aussen keinen Einfluss. Die Kommanditgesellschaft kann bereits vor der Eintragung im Handelsregister bestehen, wenn sie ein Gewerbe des § 1 Abs. 2 HGB betreibt (siehe § 176 Abs. 1). Dritten, die mit ihr in diesem Existenzstadium Geschäfte abschliessen, kann nicht zugemutet werden, dass sie ihren Charakter als

---

[1]) Ehrenberg 316 ff. — Auch im Fall der §§ 107, 143 und 157 findet § 15 Anwendung. Die Änderung der Firma der offenen Handelsgesellschaft, die Verlegung ihres Sitzes, der Eintritt und das Ausscheiden eines Gesellschafters, die Beendigung der Liquidation sind einzutragende Tatsachen. Vgl. ferner § 125 Abs. 4.

[2]) Nicht „persönlich", dieser Ausdruck ist ungenau, s. Cosack 537.

[3]) Makower, zu § 361.

Kommanditgesellschaft kennen. Sämtliche Gesellschafter, die dem Geschäftsbeginn vor Eintragung im Handelsregister zugestimmt haben, haften daher unbeschränkt; nur wer die Beschränkung der Haftung eines Kommanditisten kennt, muss sie gegen sich gelten lassen.

Die Anmeldung der Kommanditgesellschaft hat neben andern Erfordernissen die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten (§ 162 Abs. 1). Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist von den Angaben, die die Sonderexistenz der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft betreffen, nur die Eigenschaft der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft und die Zahl der Kommanditisten anzuführen.

Die Handelswelt hat im allgemeinen nur ein Interesse zu wissen, dass ein Teil der Gesellschafter unbeschränkt, ein anderer Teil beschränkt haftet. Will der einzelne sich eine genauere Kenntnis der Verhältnisse der Kommanditgesellschaft verschaffen, so bleibt es ihm überlassen, das Handelsregister einzusehen. Das Verkehrsinteresse fordert hier nicht eine Veröffentlichung der gesamten Eintragung, es genügt, wenn das Publikum durch die Veröffentlichung auf das Handelsregister hingewiesen wird. Die Veröffentlichung stellt einen verkürzten, nur in nuce die Bestandteile des Registers enthaltenden Auszug dar. Obwohl also die Eintragung nur verkürzt und unvollständig zur Veröffentlichung gelangt, wird man Bedenken tragen, auf Grund des Fehlens eines speziellen Bestandteils der Eintragung in der Veröffentlichung § 15 auf diesen Bestandteil der Eintragung nicht anzuwenden, auch durch die unvollständige Bekanntmachung ist auf ihn hingewiesen. Indessen lässt sich § 15 auf diese Bestandteile der Eintragung auf Grund einer positiven Gesetzesvorschrift nicht anwenden. Diese wird im § 176 Abs. 1 gefunden. Hier wird nur bestimmt, dass der Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten gleich einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter haftet. Hält man aber diese Bestimmung mit der des § 171 Abs. 1 zusammen, nach welcher die Einlage des Kommanditisten

nach der Eintragung durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt wird, so kann man daraus den Schluss ziehen, dass hier die Eintragung und lediglich sie als der massgebende Zeitpunkt angesehen wird. Allerdings ist in andern Gesetzesbestimmungen, z. B. im § 123 HGB, für die Wirkung nach aussen auch die Eintragung als massgebender Zeitpunkt angegeben und trotzdem § 15 anwendbar. In § 172 Abs. 2 ist aber ausdrücklich bestimmt, dass Gläubiger sich auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage nur berufen können, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise mitgeteilt worden ist. Hier ist also auf eine Veröffentlichung, allerdings auf eine Veröffentlichung besonderer Art, Gewicht gelegt. Aus dem Gegensatz zwischen den beiden ersten Absätzen des § 172 geht hervor, dass im Fall des ersten Absatzes die Veröffentlichung ohne Bedeutung ist. Der dritte wird daher vor der Bekanntmachung die Eintragung gegen sich gelten lassen, wird sich damit zufriedengeben müssen, dass der Kommanditist nur mit der im Handelsregister eingetragenen Geldsumme haftet. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er die Eintragung weder kannte noch kennen musste.

Tritt die Beschränkung der Haftung des Kommanditisten im Verhältnis zu dritten bereits mit der blossen Eintragung, ein, so wird auch die Gesellschaft dritten gegenüber mit der Eintragung als Kommanditgesellschaft wirksam. § 161 HGB bestimmt, dass eine Gesellschaft nur dann eine Kommanditgesellschaft ist, wenn bei einem oder bei einigen der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist. Es ist aber nicht möglich, dass die Haftungsbeschränkung mit der Eintragung die Gesellschaft aber nicht zugleich, sondern erst mit der Veröffentlichung wirksam wird; Voraussetzung der Haftungsbeschränkung dritten gegenüber ist das Wirksamwerden der Gesellschaft ihnen gegenüber.[1])

[1]) Abw. Ehrenberg 319.

Als Resultat dieser Erörterung ergeben sich folgende Sätze: Der Kommanditist kann vor der Eintragung die Haftungsbeschränkung nur geltendmachen, wenn der dritte diese kennt oder er, der Kommanditist, dem Geschäftsbeginn nicht zugestimmt hat. Trifft eine dieser beiden Voraussetzungen zu, so bestimmt sich die Höhe der Haftungssumme nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Nach der Eintragung ist der Inhalt der Eintragung massgebend und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Höhe der Haftungssumme dem dritten bekannt ist.

Diese letzte Bestimmung ist im Interesse der Rechtssicherheit des Kommanditisten getroffen. Häufig vergeht nach der Eintragung noch beträchtliche Zeit, bis die Veröffentlichung erfolgt. Die Gefährdung des Kommanditisten wäre nach Ansicht des Gesetzes zu gross, wenn seine Haftung bis zur Veröffentlichung unbeschränkt sein sollte. Die Verkehrssicherheit ist hier beeinträchtigt, erfährt aber eine Erhöhung durch eine andere Bestimmung. Alle Vereinbarungen der Gesellschafter über Herabminderung der Kommanditisteneinlage, welche nicht zur Eintragung gelangen, sind bedeutungslos (§ 172 Abs. 3). Die zurückgezahlte Einlage gilt dritten gegenüber als nicht geleistet; der Rückzahlung steht eine sonstige Rückgewähr gleich.[1]) Ebenso ist die Entnahme von Gewinn trotz Verminderung des Kapitalanteils unter den Betrag der geleisteten Einlage dritten gegenüber wirkungslos.[2]) Ferner bleibt die Vereinbarung, dass die Gesellschaft dem Kommanditisten die Einlage stundet oder erlässt, dritten gegenüber unwirksam, wenn sie nicht eingetragen ist. Die Einlage wird in der Regel in barem Geld geleistet, bisweilen wird aber dem Kommanditisten gestattet, statt des Geldes Wertpapiere und dergl. in die Gesellschaft einzubringen. Diese Vereinbarung gilt aber nur im Innenverhältnis der Gesellschafter. Hat der Kommanditist die Einlage noch nicht geleistet, so können die Gläubiger der Gesellschaft Leistung der Einlage in Geld fordern. Ist aber die Einlage bereits

[1]) Vgl. Makower, zu § 172 III a.

[2]) Dies wird besonders bei der Zusage bestimmter Dividenden wichtig (Staub, zu § 172, Anm. 6).

geleistet, so können die Gläubiger der Gesellschaft eine Forderung gegen den Kommanditisten selbst dann nicht geltendmachen, wenn der reelle Wert der Einlage den dafür eingesetzten Geldbetrag nicht erreicht. Wenn man den Gesellschaftern nicht verbieten kann, den Gegenstand der Einlage nach ihrem Ermessen zu bestimmen, muss man sie auch für befugt halten, den Wert der geleisteten Gegenstände festzusetzen.[1]) Geschieht die Feststellung eines zu hohen Werts der Einlage allerdings in der Absicht, die Gläubiger zu schädigen, so sind diese durch §§ 823, 826 BGB geschützt.

In den Fällen des § 172 Abs. 3 und 4 schaden unsachgemässe, d. h. den Vereinbarungen nicht entsprechende Eintragungen dritten selbst dann nicht, wenn sie die Unrichtigkeit kennen. Hier ist der Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass jede Ermässigung der Haftung dritten gegenüber erst mit der Eintragung wirksam wird. Lediglich den hauptsächlichsten Anwendungsfall dieses Grundsatzes bildet die Bestimmung des § 174, nach der eine Herabsetzung der Einlage dritten gegenüber erst mit der Eintragung wirksam wird. Gibt der Registereintrag den Betrag der Einlage fälschlich höher an als der Wirklichkeit entspricht, so können sich dritte desungeachtet auf das Register berufen.

In § 172 Abs. 2 HGB ist auf eine Veröffentlichung der Registereintragung kein Wert gelegt, doch ist eine Kundmachung erforderlich, damit die Gläubiger sich auf eine Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage berufen können. Die Eintragung der Erhöhung wird in handelsüblicher Weise bekanntgegeben oder in anderer Weise von der Gesellschaft mitgeteilt. Zufälliges Wissen genügt nicht, aber es ist auch nicht erforderlich, dass die Gläubiger gerade von der Gesellschaft Mitteilung von der Erhöhung der Haftsumme erhalten; es genügt, dass die Erhöhung irgendwie von der Gesellschaft zur Kenntnis gebracht wird.[2])

---

[1]) So etwa Cosack I 36, 2 a, abw. Staub, zu 172 Anm. 1, Makower, zu § 172, II a.

[2]) Siehe Lehmann L. 347, 7 d.

Gibt also der Registereintrag den Betrag der Einlage fälschlich niedriger an, als sie in Wirklichkeit ist, so können sich dritte auf die tatsächlich vereinbarte Haftsumme nur dann berufen, wenn sie in handelsüblicher Weise oder sonstwie von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist.[1]) Die Erhöhung der Einlage bleibt nach aussen ohne jede Wirkung, wenn diese Erhöhung lediglich für das Innenverhältnis der Gesellschafter gelten soll. Die Kundgebung, durch welche die Erhöhung der Einlage des Kommanditisten mitgeteilt wird, muss sich auf den Vertrag beziehen, gemäss welchem sich der Kommanditist zu einer höheren Einlage nach aussen verpflichtet, als die eingetragene Haftsumme zum Ausdruck bringt. Es genügt nicht, dass der Kommanditist sich den andern Gesellschaftern gegenüber zu einer höheren Einlage verpflichtet. Daraus, dass die Einlage des Kommanditisten die eingetragene Summe übersteigt und dies irgendwie zur öffentlichen Kenntnis gelangt, kann nicht geschlossen werden, dass die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern erhöht wird.[2]) Eine Eintragung ist hier zur Wirkung nach aussen nicht erforderlich, ihr wird so geringer Wert beigelegt, dass sie nicht erzwingbar ist (175 Satz 3).

Da zur Wirkung einer Erhöhung der Haftsumme lediglich eine Kundmachung, nicht aber eine Eintragung erforderlich ist, bedarf es auch zur Ermässigug der Einlage auf den eingetragenen Betrag nur der Kundmachung. Gläubiger, die vor Kundmachung der Ermässigung Forderungen gegenüber der Gesellschaft erworben haben, brauchen die Herabsetzung der Haftsumme nicht gegen sich gelten zu lassen.[3])

§ 14.

d) § 311 HGB.

Eine Aktiengesellschaft kann vor der Eintragung nicht zur Entstehung gelangen (§ 200 HGB). Vor der Eintragung kann sie daher in ihrer Eigenschaft als Aktien-

[1]) Makower, zu § 173, Cosack 537, 2b.

[2]) Behrend 641.

[3]) Furrer 186.

gesellschaft weder Rechte erwerben noch Verpflichtungen eingehen.[1]) Erst durch die Eintragung im Handelsregister, die sämtliche Angaben des § 198 Abs. 1 zu enthalten hat, entsteht die Aktiengesellschaft als rechtsfähiger Verein. Die Eintragung ist aber nicht die einzige Voraussetzung für die Entstehung der Aktiengesellschaft, sie ist nicht causa efficiens, sondern conditio sine qua non; ihr geht ein sehr komplizierter Gründungsakt voraus.

Das Gesetz hat die Eintragung der Aktiengesellschaft mit der Wirkung einer vollen publica fides ausgestattet. In § 311 Abs. 2 ist bestimmt, dass die Rechtsgeschäfte, die nach Eintragung der Aktiengesellschaft in deren Namen mit dritten abgeschlossen werden, durch die Nichtigkeit nicht berührt werden. Die Eintragung hat insofern heilende Kraft.[2]) Man kann von einem dritten, der mit einer Aktiengesellschaft kontrahiert, unmöglich verlangen, dass er zuvor prüft, ob bei Gründung der Aktiengesellschaft sämtliche Erfordernisse des Gesetzes erfüllt sind. Man kann einem Laien nicht zumuten, sich ein Urteil über Fragen zu bilden, deren Entscheidung einem erfahrenen Juristen oft Mühe macht. Das Gesetz geht sogar noch weiter, es trägt dem Umstande Rechnung, dass auf Grund der Eintragung, „Rechtsgeschäfte geschlossen, Ansprüche erworben und Verbindlichkeiten eingegangen sind".[3]) Auch derjenige, der von dem Vorhandensein eines die Nichtigkeit begründenden Mangels Kenntnis hat, darf die Gesellschaft als zu Recht bestehend behandeln.[4]) Sogar die Gesellschaft selbst kann sich auf ihre Eintragung berufen, sie braucht sich ihre eigene Nichtigkeit nicht entgegenhalten zu lassen.[5])

Auch wenn die Aktiengesellschaft trotz Fehlens der notwendigen Voraussetzungen zur Eintragung gelangt ist, hat sie die Geltung einer Aktiengesellschaft, gilt die Ein-

[1]) Dagegen ist es möglich, dass die Gründer der Aktiengesellschaft bereits vor der Eintragung untereinander einen rechtsgültigen Vertrag schliessen, Lehmann AG I, 431.

[2]) Finger 59.

[3]) Staub, zu § 311 Anm. 4.

[4]) Litthauer-Mosse, zu § 311, Nr. 3.

[5]) Ehrenberg 321.

tragung als richtig. Der Anwendung des § 15 stehen keine Hindernisse entgegen. Die Inkonvenienzen und Härten, die bei Anwendung des § 15 entstehen, sind hier nicht grösser wie in jedem andern Fall.[1])

Nach aussen hat die nichtige, aber eingetragene Aktiengesellschaft dieselbe Stellung, als wenn alle Voraussetzungen der Gründung rechtsgültig vorlägen, nach innen aber zeigt sich ihre Nichtigkeit. Vorstand und Aufsichtsrat hönnen keinerlei Massnahmen treffen, Beschlüsse der Generalversammlung sind bedeutungslos, nicht einmal eine Anfechtung gemäss § 271 f. HGB ist zur Feststellung ihrer Unwirksamkeit erforderlich, die Aktionäre können die Leistungen von Einlagen verweigern, soweit sie nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten dritten gegenüber erforderlich sind.

Dieser Zustand kann seiner Natur nach nicht dauernd sein, es gibt verschiedene Wege, sein Ende herbeizuführen. In fast allen Fällen kann die Nichtigkeit durch Beschluss der Generalversammlung geheilt werden (§ 310 HGB). Nur diejenigen Mängel, welche die Erhöhung des Grundkapitals und den Betrag der einzelnen Aktien betreffen (§ 182 Abs. 2 Nr. 3), sind unheilbar. Selbst mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann eine Berichtigung der mangelhaften Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags nicht erfolgen. Es bleibt nichts anderes übrig, als den Gründungsakt zu wiederholen.[2])

Erfolgt die Heilung der Mängel nicht durch Beschluss der Generalversammlung, so wird die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen. In der Regel geschieht dies auf Grund eines gerichtlichen Urteils (§§ 309, 273 HGB., in Ausnahmefällen im Registerverfahren von Amtswegen.[3])

Mit der Eintragung der Nichtigkeit[4]) ist wieder ein sicherer Rechtszustand geschaffen, die Gesellschaft wird

[1]) Staub, zu § 311 Anm. 4.
[2]) Vgl. Staub, Lehmann-Ring, zu § 311 HGB.
[3]) Hierüber §§ 15 und 16 der Abhandlung.
[4]) Die Nichtigkeit wird eingetragen, nicht das Nichtigkeitsurteil, ungenau daher der Ausdruck in § 273 Abs. 1 Satz 3, vgl. Mazower, zu § 311 Ib.

als Liquidationsgesellschaft behandelt.[1]) Auf sie finden die für eine aufgelöste Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung, soweit die Mängel des Gesellschaftsvertrags es gestatten. Die Liquidation richtet sich nach den Grundsätzen, die gewöhnlich für die Liquidation einer aufgelösten Aktiengesellschaft gelten. Für die Zwecke der Liquidation besitzt die nichtige Aktiengesellschaft auch Rechts- und Geschäftsfähigkeit (RGE 59, 325).

Die Verkehrssicherheit erfordert es, dass die Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen einer nichtigen Aktiengesellschaft sowohl vor wie nach Eintragung der Nichtigkeit zulässig ist.[2]) — Die Aktionäre haben die versprochenen Einlagen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.[3]) Hierbei müssen sämtliche Aktionäre in völlig gleicher Weise zu den erforderlichen Leistungen herangezogen werden.[4]) Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Verpflichtung zur Leistung der Einlagen in einer Weise übernommen ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts zur Entstehung von Verbindlichkeiten genügen würde; denn Mitglieder einer für nichtig erklärten Aktiengesellschaft dürfen nicht in weiterem Umfang als Aktionäre einer gültig errichteten und demnächst aufgelösten Gesellschaft zu Leistungen herangezogen werden.[5]) Die Pflicht, diese Leistungen vorzunehmen, beginnt erst mit der Eintragung der Nichtigkeit.[6]) Auch hier wirkt die Eintragung der Nichtigkeit konstitutiv.

Wenn sich nach Eintragung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma neues Vermögen findet, ist auf Antrag eines Beteiligten die Liquidation gemäss § 302 Abs. 4 HGB zu erneuern.[7])

[1]) Ohne praktische Bedeutung ist die Streitfrage, ob § 311 bei Eintragung der Nichtigkeit von Amtswegen unmittelbare oder nur analoge Anwendung findet. Staub (zu § 311 Anm. 2) legt mit Recht kein Gewicht darauf, dass in § 144 FGG abweichend von § 311 HGB der Ausdruck „Löschung der Gesellschaft" gebraucht ist, abw. Makower, zu § 311 I c.

[2]) D. 172, Staub zu § 311 Anm. 8.

[3]) § 311 Abs. 3.

[4]) Goldmann, zu § 311 Anm. 2 I.

[5]) D. 172.

[6]) Vgl. Makower, zu § 311 I a.

[7]) Staub, zu § 311 Anm. 2.

G. Löschung unzulässiger Eintragungen von Amtswegen.

§ 15.

1. Allgemeines.

Nach § 18 FGG ist das Gericht berechtigt, eine von ihm erlassene Verfügung auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu ändern, sofern es sie für unberechtigt hält. Dieser Grundsatz erfährt gewisse Einschränkungen, soweit unzulässige Eintragungen im Handelsregister in Betracht kommen. § 142 FGG bestimmt, dass das Gericht die Beteiligten von der in Aussicht genommenen Löschung zu benachrichtigen und ihnen eine Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen hat. Erst nachdem diese Frist — ohne dass Widerspruch erhoben ist — verstrichen ist, darf die Löschung erfolgen.

Eine weitere Einschränkung der Regel des § 18 FGG enthält § 144 FGG, von dem im folgenden Paragraphen dieser Abhandlung die Rede sein wird.

Die Eintragung der Löschung ist dadurch bedingt, dass die Eintragung unzulässig ist; diese Unzulässigkeit muss wiederum auf Verletzung einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung beruhen.

Welche Voraussetzungen wesentlich sind, ist nach den im Einzelfall für die Eintragung massgebenden Gesetzesbestimmungen zu entscheiden. Bei Eintragung einer Firma z. B. ist die Beobachtung der §§ 18 ff., 30 HGB wesentlich, eine Verletzung dieser Vorschriften macht die Eintragung unzulässig. Die Löschung einer Firma hat auch zu erfolgen, wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes nicht ernstlich bezweckt ist oder ein Handelsgewerbe garnicht betrieben wird.[1]) Eine offene Handelsgesellschaft, an der Minderjährige beteiligt sind, ist zu löschen, wenn nicht der gesetzliche Vertreter den Gesellschaftsvertrag geschlossen und das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung erteilt hat.[2])

---

[1]) Entscheidung des OLG Kolmar in OLG 8, 38. — Auf diese Weise ist eine Handhabe gegeben, Schwindelfirmen aus dem Handelsregister zu entfernen.

[2]) KGJ 23, 95.

Zweifelhaft ist, ob eine wesentliche Vorschrift im Sinne des § 142 FGG nur dann vorliegt, wenn sie zugleich zwingend ist. Ordnungsvorschriften stellen lediglich Erfordernisse formeller Natur auf. Auf ihre Beobachtung ist vor der Eintragung zu achten, ihre Verletzung nicht geeignet, die Eintragung unzulässig zu machen. Verstösse gegen die äussere Form rechtfertigen z. B. die Löschung nicht, nur zwingende Vorschriften sind wesentlich.[1])

Auf Grund des § 142 FGG kann die Löschung nur erfolgen, wenn die Eintragung bei ihrer Vornahme unzulässig war und noch unzulässig ist; sie muss in beiden Zeitpunkten unzulässig sein. Ohne Belang ist, ob die Eintragung in der Zwischenzeit zulässig war.

§ 142 FGG bezieht sich nicht auf Versehen rein äusserlicher Art wie z. B. Schreibfehler, Eintragungen an falscher Stelle usw. Derartige Fehler können ohne weiteres, d. h. ohne vorhergehende Benachrichtigung und Fristsetzung, berichtigt werden. Von der Vornahme der Berichtigung ist den Beteiligten Kenntnis zu geben.

Die Löschung unrichtiger Eintragungen ist nicht eine Pflicht des Gerichts, sondern liegt in seinem Ermessen. Naturgemäss hat aber das Gericht nicht nach Willkür zu verfahren, sondern auf Grund von Billigkeitserwägungen seine Entscheidung zu treffen. Sowohl den Beteiligten wie auch den Organen des Handelsstandes steht bei Ablehnung eines von ihnen gestellten Antrags auf Löschung das Recht der Beschwerde zu.[2])

Wie auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen ist das Amtsgericht auch für die Löschung unzulässiger Eintragungen von Amtswegen zuständig. Daneben ist aber dem Landgericht noch eine konkurrierende Zuständigkeit gegeben. Diese Sonderbestimmung hat man im Hinblick auf die bedenklichen Folgen getroffen, die sich aus unrichtigen Eintragungen für die Sicherheit des Verkehrs ergeben können. Ein recht erheblicher Teil

---

[1]) So Joseph, zu § 142, 3, S.-G. FG. zu § 142, 1 a, abweichend Raussnitz, zu § 142 4 a.

[2]) S.-G. FG, zu § 142, I a.

der unter Kaufleuten schwebenden Prozesse wird, da ihr Objekt die Summe von dreihundert Mark übersteigt, vor Landgerichten geführt. Da gerade bei derartigen Prozessen oftmals die Unrichtigkeit von Eintragungen zur Kenntnis des Gerichts gelangt, soll dieses ohne Weiteres die Verfügung auf Löschung einer Eintragung treffen können. Auf diese Weise wird eine Arbeitsersparnis erreicht, da sich das Registergericht sonst nochmals mit derselben Angelegenheit zu befassen hätte. Die Eintragung der Löschung erfolgt aber auch hier durch das Registergericht. Wahrscheinlich ging man auch von der Erwägung aus, dass die Kammern für Handelssachen, die bei den Landgerichten in der Regel mit der Entscheidung der hier in Betracht kommenden Prozesse betraut sind, auf Grund ihrer besonderen Sachkunde in Fällen eingreifen werden, die von dem Registergericht in ihrer Bedeutung für den Handel nicht genügend gewürdigt werden können.

Die Sonderstellung, die das Landgericht hier einnimmt, zeigt sich insbesondere darin, dass es keinerlei Mittel gibt, es zu Verfügungen auf diesem Gebiet zu zwingen. Zum Einschreiten verpflichtet ist nur das Amtsgericht. Die besondere Zuständigkeit des Landgerichts, der Unterschied in der Stellung des Amts- und Landgerichts ist in § 143 FGG scharf betont.[1]) Interessenten und Handelskammern steht den Landgerichten gegenüber ein Antragsrecht nicht zu.[2]) Dagegen steht gemäss § 143 Abs. 2 FGG dem von der Verfügung Betroffenen bei Zurückweisung seines Widerspruchs das Recht der sofortigen Beschwerde an das Oberlandesgericht zu.

Die Löschung hat durch Eintragung eines Vermerks zu erfolgen. Durchstreichung ist nicht zulässig und nicht ausreichend. Die Feststellung der einzelnen Erfordernisse beruht auf Landesgesetz.[3])

---

[1]) Raussnitz, zu § 143. 2.

[2]) Vgl. S.-G. FG, zu § 143. 1 a. Raussnitz, zu § 143 2, abw. Joseph, zu § 143, 1.

[3]) Siehe die Aufzählung bei Raussnitz, zu § 142, Anm. 5.

§ 16.

2. Der Spezialfall des § 144 FGG.

In gewissen Fällen hat das Gesetz die Kautelen, die bereits in § 142 FGG gegen eine Löschung gegeben sind, noch nicht für ausreichend befunden und sie verstärkt.

In § 144 Abs. 1 FGG ist bestimmt, dass Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung nur dann gelöscht werden können, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihnen gegenüber die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.

Die Nichtigkeitsklage zu erheben, steht jedem Mitglied des Vorstandes und Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zu, wenn nicht die nach § 182 Abs. 2 HBG wesentlichen Bestimmungen sämtlich im Gesellschaftsvertrag enthalten sind oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist. Der Gesellschaftsvertrag muss nach § 182 Abs. 2 Bestimmungen enthalten über:

1. Firma und Sitz der Gesellschaft,
2. den Gegenstand des Unternehmens,
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien.
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes,
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung geschieht,
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Die Bestimmungen können, wenn sie auch ursprünglich nicht im Gesellschaftsvertrag enthalten oder nichtig sind, noch nachträglich in ihm aufgenommen werden. Auf diese Weise kann eine Heilung der ursprünglichen Mängel erfolgen. Unheilbar ist nur ein Mangel in den Bestimmungen über die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien (§ 310 HGB).

Das Gleiche gilt nach § 320 Abs. 3 HGB für die Aktienkommanditgesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag der G. m. b. H. muss nach § 3 des Gesetzes vom 20. Mai 1892 Bestimmungen enthalten über:

1. Firma und Sitz der Gesellschaft,

2. den Gegenstand des Unternehmens,
3. den Betrag des Stammkapitals,
4. den Betrag der Stammeinlage.

Unheilbar sind auch hier nur Mängel in den Bestimmungen über den Betrag des Stammkapitals und der Stammeinlage.

Selbst wenn nur heilbare Mängel im Gesellschaftsvertrag enthalten sind, kann das Löschungsverfahren eingeleitet werden. Indessen folgt aus der Zitierung des § 310 HGB und des § 76 (75b) des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in § 144 Abs. 1 FGG, dass eine Heilung auch noch während des Löschungsverfahrens möglich ist.

In § 144 Abs. 2 FGG sind Vorschriften über die Löschung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, einer Aktienkommanditgesellschaft und der Mitgliederversammlung einer G. m. b. H. enthalten. Die Löschung kann hier wie im Fall des § 144 Abs. 1 FGG nur erfolgen, wenn durch den Inhalt der Beschlüsse zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt werden. Hier aber muss noch hinzukommen, dass die Beseitigung dieser unter Verletzung zwingender Vorschriften zustandegekommenen Beschlüsse dem öffentlichen Interesse dient.

Zwingende Vorschriften sind z. B. die Bestimmungen über Höhe und Ausstattung des Reservefonds. Die Beobachtung dieser zwingenden Vorschriften liegt zugleich im öffentlichen Interesse, die Vorschriften über Form und Fristen der Berufung von Generalversammlungen, die gleichfalls zwingend sind, sind dagegen lediglich im privaten Interesse gegeben.[1])

Nicht die Löschung aller falschen Eintragungen, die Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffen, erfolgt auf Grund von § 144 FGG. Dieser findet nur in den speziell in ihm erwähnten Fällen Anwendung.

Das Verfahren im § 144 FGG entspricht dem des § 142 mit der Abweichung, dass die zu bestimmende Frist im Fall des § 144 drei Monate betragen muss,

[1]) S.-G. FG., zu § 144, 3.

während im Fall des § 142 eine bestimmte Frist nicht vorgeschrieben ist. Diese Abweichung rechtfertigt sich durch die Kompliziertheit der im Fall des § 144 in Betracht kommenden Verhältnisse.

§ 17.

H. (Anhang) Rechtsgestaltung in einigen komplizierten Fällen.

Eine Verpflichtung wird durch die ohne Antrag erfolgte Löschung nicht aufgehoben. Durch die fälschliche Löschung eines Prokuristen wird der Prinzipal nicht berechtigt, sich auf die Löschung zu berufen. Die Vertretungsmacht des Prokuristen wird nicht beeinträchtigt.

Schlimme Folgen ergeben sich, wenn eine Eintragung erfolgt, nachdem zu Unrecht die Löschung einer Eintragung erfolgt ist, deren Bestand mit der neuen Eintragung in Widerspruch gestanden hätte. So kann z. B. eine Firma fälschlich im Handelsregister gelöscht und eine neue gleichlautende eingetragen werden. Es wird sich fragen, ob der alte Firmenträger den neuen an dem Gebrauch der Firma hindern und ihn zur Löschung zwingen hann. Auch kann es zweifelhaft sein, ob der alte Firmenträger die Firma überhaupt noch weiter gebrauchen darf.

Die Entscheidung dieser Fragen wird davon abhängen, ob die Löschung der Firma auf Grund der Bemühungen des neuen Firmenträgers erfolgt ist, ob er von der zu Unrecht erfolgten Löschung Kenntnis hat oder ihm jede Kenntnis davon fehlt.

Im ersten Fall kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Die dolos erreichte Löschung und Eintragung darf vom Recht nicht anerkannt, der alte Rechtszustand muss wiederhergestellt werden. Zwar findet sich hierüber keine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz, aber ähnlich wie im Grundbuch durch § 894 BGB ein Berichtigungsanspruch gegeben ist, kann auch hier der alte Firmenträger von dem neuen die Löschung seiner Eintragung verlangen.

Dieselbe Entscheidung wird man treffen müssen, wenn der neue Firmenträger die Löschung der alten Firma kennt.

Es verstösst wider die guten Sitten, die ohne Willen des Eintragungsinteressenten erfolgte Löschung auszunutzen.

Zweifelhafter ist die Entscheidung im dritten Fall, wo der neue Firmenträger von der alten Firma keine Kenntnis hat (und auch keine Kenntnis hat haben müssen). Da das Gesetz hierüber keine positive Bestimmungen trifft und verwandte Fälle auch nicht gesetzlich geregelt sind, wird man nach einer Entscheidung suchen müssen, die dem Geist des Gesetzes am meisten entspricht. Durch die Eintragung erhält der neue Firmenträger ein Recht auf die Firma, das sich ihm nicht gut nehmen lässt.[1]) Ebensowenig kann man aber dem alten Firmenträger das Recht entziehen, die Firma zu gebrauchen. In diesem Falle dürfte kein besserer Ausweg gefunden werden können, als dass man beiden Firmenträgern das Recht auf Führung der Firma zuerkennt. So wird die alte Firma vor allzu grossem Schaden bewahrt, und dem neuen Firmenträger ist sein Vorteil, ohne Verdienst eine alte Firma führen zu können, zwar verkürzt, sein Recht auf die Firma aber erhalten. Man wird dem neuen Firmenträger nicht zumuten dürfen, etwa kurz nach Eröffnung seines Geschäfts die Firma zu ändern. Wohl aber wird man von ihm zwecks Wahrung des Prinzips der Firmenverschiedenheit verlangen können, dass er seiner Firma einen unterscheidenden Zusatz hinzufügt.

Auf diese oder ähnliche Weise müssen Interessengegensätze, die durch unrechtmässige Löschung entstehen, ausgeglichen werden. Man wird suchen müssen, das Recht aller Beteiligten möglichst zu schonen.

---

[1]) Wenn aber der neue Firmenträger durch die Aufgabe der Firma nur sehr geringen Schaden erleidet, wenn etwa die neue Eintragung erst vor wenigen Stunden erfolgt ist, wird man ihre Löschung verlangen können.